Grohmann

Grohmann

Der
Begriff des Rechts.

Abhandlung

von

A. F. Grohmann.

Zweite, umgearbeitete Ausgabe.

Schwerin 1860.
Stiller'sche Hofbuchhandlung
(Didier Otto).

Diese Streitigkeiten waren niemals Fragen isolirter willkürlicher Definitionen, wofür man sie zu halten oft versucht ist. Es ist hier in allen Fällen die stillschweigende Voraussetzung eines Satzes vorhanden, der durch die Definition ausgedrückt werden soll und der ihr ihre Wichtigkeit giebt. — — Eine Darlegung unserer Vorstellungen vermittelst Definitionen hat der Wissenschaft niemals genützt, ausgenommen, wenn sie mit einem unmittelbaren Gebrauch der Definitionen verbunden war. — — Das Geschäft des Definirens ist ein Theil des Geschäfts des Entdeckens. — — Um aber zu urtheilen, wie der Name, der eine Klasse bezeichnet, am besten definirt werden kann, müssen wir alle Eigenschaften kennen, welche der Klasse gemeinsam sind, sowie alle Beziehungen der Verursachung oder Abhängigkeit zwischen diesen Eigenschaften.

J. St. Mill, inductive Logik; übers. von Dr. J. Schiel. Braunschweig. 1849. S. 466 ff.

Buchdruckerei von W. C. Beck in Wismar.

Vorwort.

Das Allgemeine sollte immer vom Besonderen herstammen und am Besonderen erprobt werden. „Willst du ins Unendliche schreiten, geh' nur im Endlichen nach allen Seiten." Aber das Besondere ist unerschöpflich. Auch im Leben der Völker sind nur die Grundtiefen überall dieselben, während jede weitere Entwicklung zu unendlicher Mannichfaltigkeit führt. Der geneigte Leser wird es daher für unvermeidlich erkennen, wenn ich je näher am Umkreis der vorliegenden Erörterung desto mehr in die Besonderheiten unseres deutschen Rechts hineingerathe, wie er es für keinen Mangel ansehen wird, wenn ich aus der Arbeit, deren Mittelpunkt der im Titel ausgedrückte bleiben sollte, keine Encyclopädie machte. Daß ich aber im Corpus juris nicht nach Belägen suchte, geschah, weil ein Gesetzbuch über Begriff und Organisation des Rechts keine verbindlichen Vorschriften geben kann, da es seine Kraft eben erst vom Rechte erhält. — Ueberhaupt glaube ich mich wegen der Armuth an Belegstellen entschuldigen zu können, ohne mich anzuklagen. Thibaut erzählt: „Als ich einem gewissen Manne meine Inauguralschrift überreichte, blätterte er sie vor meinen Augen von Seite zu Seite durch, suchte sorgfältig überall nach Allegaten und legte, da er nichts dergleichen fand, mein opusculum mit vieler Kälte bei Seite. Damals lachte ich, bereue aber jetzt meine Einseitigkeit." Auch ich bin kein Verächter des „gewaffneten Vortrags," ich bin nur reicheren Hülfsquellen fern, bin aber der Meinung, daß dieser Mangel kein absolutes Hinderniß literarischer Productionen der vorliegenden Art ist, daß man, um mit einiger Berechtigung über den Begriff

1*

des Rechts zu schreiben, nicht die zahllosen Dissertationen über dies Thema zu kennen braucht. Endlich wird man mich nicht denjenigen beigesellen, die um die letzten Gründe der Dinge streiten. Baco sagt einmal, die Naturgesetze warteten zwar nicht auf unsere Anerkennung, aber wir hätten nur Macht über sie, indem wir ihnen zu gehorchen verständen, und wir könnten ihnen zu gehorchen nicht verstehen, bevor wir sie nicht kennten. — Ich glaube nun, daß wir für das Leben allerdings sehr, sehr viel wissen, mehr als irgend eine frühere Zeit und daß wir durch dies unser Wissen eine ausgedehntere Gewalt über die Naturgesetze errungen haben, daß wir aber in Ansehung der letzten Gründe der Dinge noch heute bekennen müssen, wie wir recht eigentlich gar nichts wissen. Woher die letzten Naturgesetze? wodurch sie entstanden sind? wodurch sie bestehen? auf die Frage wird die Wissenschaft auch ewig verstummen, da der menschliche Geist so wenig aus sich heraustreten wie der Vogel sich selber überfliegen kann. Auf jene Fragen der Menschheit hat nur die Religion eine Antwort, der zu allen Zeiten und bei allen Völkern bestandene Glaube an eine unerforschliche Gottheit. Vortrefflich sagt Roscher in seiner Nationalökonomie 2. Aufl. 1857 §. 13 not. 4, daß die Wissenschaft so viel Selbsterkenntniß und Ehrlichkeit besitzen müsse, das Vorhandensein eines unerklärbaren Hintergrundes zuzugestehen, daß sie aber gegen alle Verketzerungsgelüste protestiren müsse, welche ihre heilige Pflicht nicht begriffen, durch immer weiter gehende Forschung jenen unerklärbaren Hintergrund immer weiter zurückzuschieben. Wenn also auch der Urgrund der Dinge dem menschlichen Verstande nie erschlossen werden kann, so ringt doch derselbe fort und immer fort, alle Erscheinungen rings um ihn her so weit wie möglich auf ihre Ursachen, auf immer allgemeinere Naturgesetze zurückzuführen, und „wenn auch die moralischen Wissenschaften wenigstens den vollkommneren der physikalischen darin nachstehen müssen, daß die Gesetze ihrer verwickelteren Erscheinungen weder so vollständig entziffert noch die Phänomene mit demselben Grad von

Sicherheit vorausgesagt werden können, so verdienen diejenigen moralischen Wahrheiten, welche wir erreichen können, doch nicht weniger Zutrauen und haben keinen geringeren wissenschaftlichen Character als die physikalischen Wahrheiten.“ (J. St. Mill. a. a. O. S. 374.) — Und wenn es auch zur Rechtspflege der Kenntniß des Wesens und der Naturgesetze der Rechtsbildungen sowenig bedarf, wie zur Fortbewegung oder Verdauung der Kenntniß physikalischer, chemischer, physiologischer Gesetze, so darf man diese Kenntnisse darum doch nicht nutzlos nennen. Jede kleinste Erkenntniß hat ihren wenngleich oft unbemerkbaren Antheil am Fortschritt der Kultur und wer jene für nutzlos erklärt, erklärt auch diese für entbehrlich, da diese eben nur in der allgemeinen Ausbeutung der vermehrten menschlichen Erkenntniß besteht. Die Civilisation ist aber nicht entbehrlich. Zwar kann man zweifeln, ob mit ihr sich das Glück der Menschen erhöht; so lange man etwas nicht kennt und nicht wünscht, so lange wird es auch nicht entbehrt und der Besitz stumpft den Reiz ab; mit den Bedürfnissen ist vielleicht der subjective Genuß nicht gestiegen; und in der physischen Organisation des Menschen, in der Beschaffenheit seines Begehrungsvermögens und seiner Empfänglichkeit für den Genuß liegt vielleicht die ewige Ausgleichung der sonst unendlichen Ungleichheiten des menschlichen Lebens. Vielleicht hat ein Volk auf niederer Kulturstufe wie das Kind seine Glückseligkeit und ein Volk auf hoher Kulturstufe wie das Mannesalter die seine, und an sich ist Eins vor dem Anderen nicht bevorzugt. Allein auf die Kindheit folgt mit ewiger Naturnothwendigkeit die Mannheit und Menschen wie Völker, welche heranwachsend in den Verhältnissen der Kindheit zurückgehalten werden, oder welche aus höheren in niedere Verhältnisse gerathen, oder welche Höheres erstreben als sie erreichen können, kurz unbefriedigte Wünsche, gehemmtes Streben machen wie eine physische Krankheit Individuen und Völker unglücklich. Ich wiederhole es: auch die Organisation der Völker ist eine solche, daß sie nach Kultur streben, hier in dieser dort in jener Richtung, hier mit diesem, dort mit jenem Erfolge, wo das Brod nur

vom Baume gepflückt zu werden braucht, anders als bei uns, bei uns anders als wo Holz und Bäume unbekannte Dinge sind, und überhaupt nach Verschiedenheit der umgebenden Verhältnisse stets verschieden. Neue Entdeckungen schaffen Raum für eine vermehrte Bevölkerung und der Andrang der Bevölkerung veranlaßt umgekehrt neue Entdeckungen. Die freiwilligen Gaben der Natur genügen den Menschen immer weniger; Arbeit, Gewerbe, Kunst, Wissenschaft entwickelt sich immermehr, eine Nation zieht die andere mit sich fort und wenn auch verkehrte Liebe zum Alten eine Zeitlang sich des Fortschritts zu erwehren vermag, für die Dauer hemmt nichts den gewaltigen Strom der Kultur, dem es ein Leichtes ist, die stärksten Hindernisse zu überfluthen und wie Spielbälle vor sich hin zu schleudern. Als weise preist man darum auch nur die Staatenlenker, welche die Forderungen ihrer Zeit richtig erkannten und befriedigten, ohne neuerungssüchtig über sie hinauszugehen oder durch zu plötzliche Reform die Ordnung und den Frieden der Gesellschaft zu erschüttern, so daß das Gute vom Uebel überwogen ward.

Möge denn dies lediglich dem Streben nach wissenschaftlichem Verständniß des Rechts entquollene Schriftchen auch in dieser erneueten Gestalt eine freundliche Aufnahme finden!

Schwerin, den 10. Oct. 1858.

Der Verfasser.

§. 1.

Es ist ein Naturgesetz, daß sich unter den Menschen, sobald sie mit einander in Berührung kommen, Überzeugungen von der Nothwendigkeit gewisser Handlungen und gewisser Unterlassungen bilden, die einen durch alle Schichten der mit einander in Verkehr Tretenden, die andern nur in einigen und die einen mehr die andern weniger und bei den einen mehr, bei den andern weniger deutlich in das Bewußtsein gedrungen. Ohne das wäre ein Nebeneinanderleben der Menschen, eine Gesellschaft überhaupt undenkbar; die Ursache ist die ganze Organisation des Menschen und der Außenwelt.

Jene Überzeugungen — wir wollen sie schlechtweg allgemeine nennen — sind der gemeinsame Grund von Sitte, Moral, Recht und diese Gebiete unterscheiden sich nur durch den Nachtheil, der die Zuwiderhandelnden trifft. Die mindest strengen und mindest bewußten Nothwendigkeiten sind die durch die Sitte, oft nur unter dem Nachtheil der Lächerlichkeit gebotenen. Auf dem Gebiete der Moral erhebt sich der Nachtheil von geringer, durchaus nicht in allen Schichten der Gesellschaft verbreiteter Verachtung zur ausnahmslosen lebhaftesten Verabscheuung. Besteht er aber in der sich secundär hinzugesellenden allgemeinen Überzeugung, daß die betreffende Handlung oder Unterlassung nöthigenfalls durch äußere Gewalt zu erzwingen oder zu bestrafen sei, so redet man von rechtlichen Nothwendigkeiten. Viele moralische Nothwendigkeiten und grade die wichtigsten hat die allgemeine Überzeugung auch zu rechtlichen erhoben, und ebenso ist vielfach, was ursprünglich nur Sitte war, nachher zu einer Rechtspflicht geworden.

Jeder Verpflichtete muß dem Begriffe nach jemandem verpflichtet sein, die Pflicht mag sein, welcher Art sie wolle und man kann sich einen Augenblick denken, daß bei der Rechtspflicht derjenige, wel-

chem gegenüber dieselbe besteht, selbst zwingen und strafen dürfte. Allein diese Befugniß würde zu einem heillosen Durcheinander führen. Man denke sich, daß jeder über das Dasein ihm gegenüber bestehender Pflichten und über deren Verletzung selbst urtheilte, was anderes müßte daraus entstehen, als ein heilloses Durcheinander? Und selbst angenommen, daß jenes Urtheil von einer Behörde gefunden würde und nur die Zwangs- und Strafvollstreckung dem Einzelnen überlassen bliebe: er würde nur dann wirklich zwingen und strafen, wenn er die Übermacht hätte und „Macht würde der Tyrann der blöden Schwäche." Es muß also auch noch eine mächtige Behörde da sein, welche statt desjenigen, dem gegenüber die Pflicht besteht und verletzt ist, zwingt und straft. Die allgemeine Überzeugung von der Nothwendigkeit solcher Behörden hat aber den allgemeinen Willen — das Wort „allgemein" auch hier so verstanden wie in dem Ausdruck „allgemeine Überzeugung" — dieselben einzusetzen, beziehungsweise zu haben, zu behalten im Gefolge. Von Vertrag kann hier keine Rede sein, setzt ja doch die Bindekraft des Vertrags schon das Recht voraus.

Weiter hat der Begriff des Rechts im subjectiven Sinne nichts Eigenthümliches, als die Befugniß zu zwingen und zu strafen oder doch Zwang und Strafe durch eine Behörde vollziehen zu lassen. Das Recht des Eigenthümers ist die Befugniß, wenn irgend ein dritter seine Unterlassungspflicht ihm gegenüber nicht erfüllt, ihn hierzu durch das Gericht anzuhalten, die Befugniß auf die Sache in dieser oder jener Weise einzuwirken, ist in Wirklichkeit nur ein anderer Ausdruck für dieselbe Sache. Und auch bei den dinglichen Rechten stehen sich wie bei allen anderen nur berechtigte und verpflichtete Personen gegenüber; ein Rechtsverhältniß ist nur zwischen Personen denkbar und es war nicht zum Frommen der Rechtswissenschaft, daß man sich immer mit dem unklaren Ausdruck zufrieden gab, das dingliche Recht sei ein Verhältniß einer Person zur Sache, nur die Obligation sei ein Verhältniß zwischen Person und Person.

Die gerichtliche Hülfe wird indeß nicht blos durch Klagen sondern auch durch Einreden gewonnen. Man kann sogar ein Recht haben ohne Klage. Die **naturalis obligatio** kann zur Compensation und als Substrat von Accessionen dienen, auch läßt sich eine Zahlung derselben nicht wieder rückgängig machen, doch der Berech-

tigte hat keine Klage. Allein man kann der Meinung Windscheid's [1]) nicht beistimmen, daß man auch eine actio haben könne ohne ein Recht zu haben. Die actio ist durchaus nichts Selbstständiges, sondern mit dem Recht selbst verknüpft; sie ist nichts als die Forderung gerichtlicher Hülfe durch Klage. Es ist auch nicht wahr, daß eine Klage jemals zulässig sei, ohne daß eine Rechtsverletzung vorläge und die Unterscheidung zwischen abstract begründetem Klagerecht und der wirklichen Ausübung desselben nützt hier nichts. Man sehe scharf zu, worauf denn das Recht geht, was alles der Berechtigte verlangen darf und man wird finden, daß überall wo eine wirkliche Klage zulässig ist auch eine Pflichtverletzung vorliegt. Bei den Obligationen hat man sich nur dadurch vielfach irre führen lassen, daß hier meistens alles von der Interpretation des Willens der Contrahenten oder von einem diesen Willen interpretirenden Rechtssatz abhängig ist, daß der Wille der Contrahenten ausdrücklich oder stillschweigend nicht blos darüber entscheidet, ob eine Frist dem Verpflichteten, hier Gläubiger genannt, gegeben ist, sondern auch darüber ob noch eine besondere Interpellation erforderlich ist, mag nun eine Frist gegeben sein oder nicht. Bis dahin wo nach dem Willen der Contrahenten die Leistung erst gemacht werden soll, ist nur eine Rechtspflicht da, so wie die Leistung hätte gemacht werden müssen und doch nicht gemacht ist, tritt die Rechtsverletzung ein und actio nata est. Wenn man vorher eine Klage auf Anerkennung zuließe, so würde man damit eine neue Rechtspflicht, eine Nebenrechtspflicht der obligatorischen Hauptrechtspflicht begründen, welche unser Rechtsleben bisher nicht gekannt hat und welche rechtspolitisch auch schwerlich zu befürworten ist, nämlich die Nebenpflicht des Verpflichteten, seine Pflicht auch vor der Erfüllungszeit nicht zu bestreiten, vielmehr anzuerkennen. — Wenn aber nach positiven Gesetzen (l. 8. §. 4. Cod. 7. 39.) die Verjährung der verzinslichen Hauptschuld allemal mit dem Zeitpunct beginnen soll, wo zuerst eine Zinszahlung ausblieb, so ist damit aus den der Klagverjährung überhaupt zu Grunde liegenden Rücksichten, Ungewißheiten in den vermögensrechtlichen Verhältnissen eine bestimmte Zeitgränze zu setzen, eine Ausnahme von der Regel gemacht, daß

---

1) Die actio des röm. Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf. J. Budeus 1856. S. 1—4.

actio nata sein müsse, wenn die Verjährung beginnen soll oder besser gesagt: es ist damit eine Verjährung noch nicht entstandener Klagen, eine Verjährung von Klagen, die erst entstehen, durch den Willen des Berechtigten entstehen können, eingeführt. Daß aber ein Klagerecht entstehen könne ohne Rechtsverletzung, läßt sich daraus nicht argumentiren und ist überhaupt ebenso widersinnig wie daß es Rechtspflichten geben soll ohne Rechtssubjecte. [1])

Wenn wir somit das Recht als die allgemeine Überzeugung definirten, daß man etwas thun oder lassen und widrigenfalls gezwungen oder gestraft werden muß, so verfolgten wir dabei die Methode, welche bei jechlichem Definiren die einzig richtige ist. Auch um den Begriff des Rechts festzustellen, muß man dasjenige durchgehen was im Leben und in der Wissenschaft als Recht bezeichnet wird; man muß das Gemeinsame heraussuchen und prüfen, ob sich dasselbe wirklich bei allen Rechtspflichten, im Privat-Staats-Völkerrecht und auf diesen einzelnen Gebieten wieder überall vorfindet; man muß auch in seiner Betrachtung dahin wandern, wo sich vielleicht ein Widerspruch ergiebt; nur auf diese Weise wird man zuletzt dasjenige übrig behalten, was sich nur bei Rechtspflichten beisammen findet und zugleich alles dasjenige, was sich bei einer Rechtspflicht vorfindet, also den Begriff des Rechts.

Es mögen hier von den vorhandenen Definitionen einige wenige kurz berücksichtigt sein.

Kierulff [2]) sagt: „diese die individuelle Willkür reprimirende und zur Einheit zwingende Nothwendigkeit, welche die in jedem Moment gefährdete Totalität herstellt, ist das Recht." Worin diese zwingende Nothwendigkeit eigentlich bestehe, wird weder vorher noch nachher von diesem Schriftsteller verständlich gesagt und doch kann erst die weitere Erklärung der zwingenden Nothwendigkeit zum Richtigen hinführen. Vielmehr läßt Kierulff gleich darauf folgen: „das Wesen, der Grund des Rechts ist der Wille" und hernach: „Recht ist der Wille des Staats", was entschieden unrichtig ist. Wille ist überall noch kein Recht, auch nicht der Wille des Staats. Der Staat will manches, ohne daß man auch nur entfernt an eine Anwendung des Rechts-

1) Windscheid, l. c. S. 233 ff.
2) Theorie des gemeinen Civilrechts. Altona, 1839. Bd. I. S. I.

begriffes denken kann und das Recht fließt nur aus allgemeinen Affecten, Wünschen, Willen her, diese sind noch lange nicht das Recht. Man denke sich eine Anzahl von Menschen auf eine von jeder Communication abgeschnittene Insel versetzt. Die große Mehrzahl will gegen einzelne besser situirte Insulaner etwas durchsetzen, jedoch mit dem Bewußtsein, daß es eigentlich nicht geschehen müßte: das gäbe einen Act der Gewalt und nicht der Justiz, und jene Minderzahl ist rechtlich nicht verpflichtet. Erst wenn die eigenthümlichen Verhältnisse zugleich die allgemeine Ueberzeugung von der Nothwendigkeit, daß die Minderzahl etwas thue oder lasse, hervorrief, ist Recht entstanden. Nicht der allgemeine Wille, sondern erst die allgemeine Ueberzeugung ist das Recht, vorausgesetzt natürlich, daß die allgemeine Ueberzeugung auch dahin geht, daß widrigenfalls Zwang oder Strafe eintreten müsse, denn ohne dies könnte man es z. B. auch mit einem bloßen Satz der Moral zu thun haben. Auch in dieser Beziehung sind manche Definitionen des Rechts unvollständig und daher zu weit.

Bei Puchta [1]) findet sich der Ausspruch, das Recht sei eine gemeinsame Ueberzeugung, allein es wird nicht gesagt wovon? und aus der weiteren Erörterung sowie aus den Institutionen 3. Aufl. §. 6. dieses Autors überzeugt man sich bald, daß bei ihm nicht mehr Aufklärung über den Begriff des Rechts zu finden ist, wie bei den Metaphysikern ex professo.

Selbst Savigny [2]) läßt uns bei dieser Frage im Stich. Er definirt das Recht im objectiven Sinne als die allgemeine Regel, von welcher die einzelnen subjectiven Rechte beherrscht werden, und das Recht im subjectiven Sinne ist nach ihm [3]) die der einzelnen Person zustehende Macht, ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht und mit unserer Zustimmung herrscht. Das Wahre klingt nur an.

Uns wirft man vielleicht ein, daß der Inhaber eines Rechtes nichts von einer gemeinsamen Ueberzeugung, von der Nothwendigkeit einer Handlung oder Unterlassung und des event. eintretenden Nachtheils wisse. Allerdings bleibt auch der gemeine Mann, dem man

---

1) Pand. 6. Aufl. §. 10.
2) System Bd. I. §. 5. S. 9.
3) Ebend. §. 4. S. 7.

eine Definition mit der Frage, ob sie richtig sei, vorlegt, meist mit offenem Munde dastehen, aber man frage ihn: Wie wenn der X, von dem Du sagst, er sei Dir 100 schuldig, Dir dieselben nicht zahlt? Er wird antworten: „Der X muß mir zahlen." Und wenn er es nicht thut? „Zwingt ihn das Gericht." Wenn nun aber kein Gericht da wäre? „Dann würde ich ihn zwingen." Nun! wenn jedermann selbst den Schuldner zwänge, was sollte daraus werden? „Das kann nicht gehen, Gerichte müssen da sein, müssen den sich weigernden Schuldner zwingen." Du sagst mir da immer von Muß, warum muß denn der X Dir zahlen, in wiefern muß das Gericht ihn zwingen? „Ei nun! wenn das Muß nicht wäre, so würde bald alle Ordnung aufhören, daran zweifelt kein Mensch, und wo einmal die bestehenden Behörden aufhörten zu fungiren, traten darum auch noch immer sofort neue an ihre Stelle." Siehe da die beste Definition des Rechts. Lebte die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Handlung und des event. eintretenden Nachtheils in dem Befragten? Gewiß! er war sich dessen nur theoretisch nicht bewußt, er hatte nur das „Rechtsgefühl", und dies stammt oft nur aus Analogieen her, ist nicht selten dunkel, halb, unsicher. Daher kommt denn auch immer im Leben und in der Literatur so manche Äußerung, so manche beiläufige Bemerkung vor, welche die Wahrheit in sich birgt. Aber obwohl im Munde der Menschen, kann eine Wahrheit doch unvollständig erkannt, doch eigentlich verloren gegangen sein und „es ist etwas ganz Anderes, dieselbe festzuhalten und keine ihr widersprechenden Sätze zuzulassen als sie gelegentlich zu äußern und gleich hinterher sie zu vergessen." Grade jene Einfachheit und jenes gelegentliche Durchschimmern ist das allerbeste Siegel der Wahrheit.

Die allgemeine Ueberzeugung ist übrigens nicht so zu verstehen, als wenn jeder ausnahmslos dieselbe haben müßte. Auch eine Abstimmung nach Köpfen, überhaupt irgend ein numerisches Verhältniß würde eine solche nicht darthun und es läßt sich nur das sagen: um noch als eine allgemeine bezeichnet zu werden, muß die Ueberzeugung wenigstens in den gesellschaftlich bestimmenden Kreisen vorherrschen. Man wird entgegnen: da verschwimmen ja die Gränzen, da werden die Kriterien ja völlig unbestimmt! Ich leugne das nicht. Es kann zweifelhaft sein, ob die Ueberzeugung eine allgemeine ist und nicht jeder moralischen, nicht jeder rechtlichen Norm wohnt eine

gleiche Festigkeit inne. Es giebt Ueberzeugungen, die so ganz allgemein, so fest, so allgewaltig sind, daß keine Macht, selbst die Macht der Zeit sie nicht zerstören kann, und es giebt Ueberzeugungen die nach Ort und Zeit einem schnellen Wechsel verfallen. Wie oft haben nicht schon in erregten Zeiten Meinungen eine weite Herrschaft errungen, die sie auf die Dauer nicht zu behaupten vermogten, die sie allmählig wieder an die zurückgedrängte Ueberzeugung abtreten mußten. Das ist grade eine der großen Aufgaben der Wissenschaft und der practischen Staatskunst, die ephemeren von den dauernden und nur einem langsamen Wechsel unterworfenen allgemeinen Ueberzeugungen zu unterscheiden.

§. 2.

Mit den Behörden entstehen natürlich neue Rechtspflichten: 1. Pflichten der Behörden den Privaten gegenüber; dieselben unterscheiden sich von den ursprünglichen gar nicht und gehören daher auch mit denselben zu einer Klasse; sie werden mit wirklicher Klage geltend gemacht. 2. Pflichten der Behörden anderen Behörden oder der Gesammtheit gegenüber; diese unterscheiden sich größtentheils durch die Art der Handlungen und Unterlassungen, welche ihren Inhalt ausmachen und stets dadurch von den ursprünglichen, daß eine Behörde hier als verpflichtet erscheint, sie bilden daher auch ein neues Rechtsgebiet, das Staatsrecht. 3. Von selbst versteht sich die Pflicht der Privaten zum Gehorsam den Behörden gegenüber; die Pflicht des Privaten, die von ihm verlangte Steuer zu bezahlen, ist weiter nichts als diese allgemeine Pflicht zu gehorsamen, sie liegt schon in der correspondirenden Pflicht der Behörde die Steuer zu erheben und ist mit dieser gegeben. Durch Beschwerden an die Oberbehörde wird kein Privatrecht verfolgt, sondern nur die Erfüllung der einer Behörde ihrer Oberbehörde gegenüber obliegenden Pflicht controllirt. Der Beschwerdeführer macht die Oberbehörde darauf aufmerksam, daß die Unterbehörde ihre Pflicht nicht gethan habe, obschon diese Anzeige meist nur dem zunächst in seinem Interesse Gekränkten, nicht jedem Dritten gestattet ist.

Ganz ausgeschlossen sind hier diejenigen Rechtspflichten, welche einer Behörde nicht als Behörde, sondern als fingirter Privatperson gegenüber bestehen; sie sind natürlich dem Privatrecht zugewach-

sen z. B. die aus dem Grundeigenthum einer Behörde hervorgehenden Unterlassungspflichten aller dritter Personen.

Ist nun eine Behörde als solche dem Privaten gegenüber oder eine Behörde einer anderen Behörde gegenüber berechtigt, so kann hier daraus, daß die berechtigte Behörde selbst über die Existenz der staatsrechtlichen Pflicht und deren Verletzung urtheilt und Zwang und Strafe vollstreckt, kein wildes Durcheinander entstehen, im Gegentheil ist dies eine wesentliche Beförderung der Ordnung. Diese Zwangs- und Strafgewalt einer Behörde über die andere begründet die nothwendige Ueber- und Unterordnung der Behörden, welche recht eigentlich hierin besteht. Indeß kann Zwang und Strafe allerdings auch hier wenigstens zum Theil von einer anderen als der berechtigten Behörde vollzogen werden, wie denn z. B. in England mehrere Privatgerichthöfe zugleich Gerichtshöfe für einen Theil der Staatsrechtspflichten sind. [1])

Wir sprachen von mehreren einander unter- oder übergeordneten Behörden. Es verlangt nemlich offenbar schon die Privatrechtspflege für eine irgend bedeutendere Zahl von Menschen mehrere Behörden und die Pflicht, das Recht zu pflegen, hat nothwendig noch andere Pflichten, namentlich die Pflicht, Mittel für die Rechtspflege herbeizuschaffen und eine genügende Macht gegen etwaige Gewalt von innen oder außen aufzustellen, im Gefolge. Es müssen also neben jenen Behörden auch noch andere mit anderen Functionen da sein und für diese mehreren Behörden vernothwendigt sich eine Oberbehörde, wenn nicht jene, eine von der andern abhängig sein sollen, wenn nicht eine von der andern in ihren Functionen willkürlich soll gestört werden können. Es werden sogar mehrere Oberbehörden erforderlich, die wieder einer einzigen Behörde untergeordnet sind u. s. f. Diese Abstufungen, mehr oder minder zahlreich, müssen alle, damit eine Einheit der Staatsverwaltung [2]) ermöchlicht werde, in eine einzige

---

1) R. Gneist, das heut. engl. Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Berlin 1857. Th. 1. S. 496.

2) Staatsverwaltung ist die Erfüllung der durch die Staatsverfassung der Behörden auferlegten Pflichten, wie die Gemeindeverwaltung die Erfüllung der durch die Gemeindeverfassung gebotenen Pflichten ist und Gemeindeverfassung, Gemeindeverwaltung ist ein Theil der Staatsverfassung und Staatsverwaltung.

Spitze auslaufen und zwar zeigt die Geschichte, daß in den zahlreichsten Fällen ein einzelner Mensch, durch Geburt oder Wahl berufen, die oberste Behörde ist; ein Collegium oder gar eine Versammlung würde in vielen Fällen, wo Gefahr oder großer Schade eintritt, wenn nicht schnell oder in Uebereinstimmung mit früheren Maßregeln gehandelt wird, diesen Anforderungen weniger genügen.[1]) Diesem Staatsoberhaupt gegenüber sind alle jene staatsrechtlichen Pflichten in höchster Instanz begründet und alle Behörden sind zuletzt ihm verpflichtet. Diese höchste Behörde aber zu zwingen, also zur Realisirung der Pflichten, welche ihr der Gesammtheit der zum Staate vereinigten Menschen gegenüber obliegen, kann keine weitere Behörde mehr sein, sonst wäre diese die höchste Behörde und jene ihr untergeordnet; allein der Gegensatz zur Gesammtheit, die Pflichtverletzung einer höchsten Behörde kann doch nur bis zu einem gewissen Grade gehen; wird sie allzu schreiend, wird die auch für den absolutesten Herrscher bestehende Schranke überschritten, so stellt sich von selbst eine Abhülfe ein, doch nicht auf dem Wege der Ordnung, sondern als eine den ganzen Staatsorganismus störende und gefährdende Krankheit. Freilich viel, zum Glück sehr viel kann der Staat wie der einzelne Mensch seiner ganzen Organisation zufolge verwinden, ehe eine Erkrankung eintritt, allein wenn recht bewußte recht allgemeine, grade in den Schichten der Gesellschaft, deren Anschauungen am meisten Einfluß haben, verbreitete Rechtsüberzeugungen[2]) vielleicht auch nur solche, welche zur Zeit besonders ventilirt werden, häufig und lange verletzt werden, so

---

1) „Es ist augenscheinlich, daß ein Haufen von 500 bis 600 Leuten selbst wenn sie geistig weit über dem Durchschnittsmaß der Mitglieder des besten Parlaments ständen, selbst wenn jeder von ihnen ein Burleigh oder Sully wäre, ungeeignet zu Executivfunctionen sein würde. Es ist mit Wahrheit gesagt worden, daß jede große Versammlung menschlicher Wesen, wenn auch noch so gut gebildeter, eine starke Tendenz habe, eine tumultuarische Menge zu werden und ein Land, dessen oberste ausführende Rathsversammlung eine tumultuarische Menge ist, ist gewiß in einer gefährlichen Lage." Macaulay, engl. Geschichte übers. von Prof. Fr. Bülau. Bd. 9. Kap. 20. S. 215.

2) Aengstlich gewahrt wird z. B. h. z. T. die Pflicht der höchsten Behörde, nicht selbst sondern nur durch ihre verfassungsmäßig dazu geordneten Unterbehörden Recht zu sprechen. Ebenso wird die rückwirkende Kraft bei vielen Gesetzen von der allgemeinen Rechtsüberzeugung mit Heftigkeit zurückgewiesen.

erzeugt unvermeidlich die allgemeine Meinung, wie sie die geordnete Zwangs- und Strafvollstreckung erzeugt und erhält, die ordnungslose Revolution. Es ist dieselbe Organisation die Ursache der Gesundheit und des Fiebers. Chronisch krank aber ist der Staat, d. h. das ganze System von Staatsrechtspflichten leidet beständig Störung und ist jeden Augenblick bedroht, wenn sich gewisse Staatsrechtsüberzeugungen entgegenstehen, [1]) ziemlich von gleicher Verbreitung und gleich stark vertreten und wenn gewisse fundamentale Privatrechts-Ueberzeugungen oder gewisse fundamentale Staatsrechts-Ueberzeugungen [2]) über die innere Staatsorganisation bei einer größeren Zahl von Menschen wankend geworden und entgegengesetzten Ueberzeugungen gewichen sind, welche nun sich geltend zu machen suchen.

§. 3.

In der Mehrzahl der Culturstaaten hat diese allgemeine Meinung sich Organe geschaffen und ist ihre Macht auf diese Weise praktisch wirksamer geworden. Die Form der die höchste Staatsgewalt beschränkenden Organe ist aber nothwendig eine sehr verschiedene. Denn wie jedes leibliche und geistige Phänomen, so sind auch die staatlichen Gebilde die Wirkung einer Ursache, das Produkt von combinirten, zum Theil neben einander her, zum Theil einander entgegen laufenden Bedingungen. [3]) Wo diese ähnlich sind, sind

---

1) Wie das der Fall ist, wenn die herrschende Dynastie von vielen für illegitim angesehen wird.

2) Ich erinnere an den Communismus und alle jene die Natur der Dinge so vollständig verkennenden socialistischen Systeme.

3) So war sogar die Sklaverei, mit wie großem Rechte auch die Neuzeit dieselbe verurtheilt, einst allerdings eine gesellschaftliche Nothwendigkeit, ein Ausfluß, eine Folge der vorhandenen socialen Zustände. „So lange diese unsicher sind und die Existenz des geringen Mannes sehr gefährdet ist, ist der Zustand des Sklaven materiell oft besser, als der des mittellosen freien Mannes. Viele suchen daher in die Stellung persönlicher Abhängigkeit zu kommen und da das Grundeigenthum alles, Arbeit und Gewerbe wenig gelten, so kommen die Besitzlosen von selbst in die Abhängigkeit der Besitzenden. Sobald aber die Sicherheit in den Gesellschaftszuständen begründet ist, wodurch sich von selbst die Gelegenheit zum Erwerbe mehrt, ist die Sicherheit der Existenz ein viel zu geringer Preis für die Freiheit." J. C. Glaser, die allgemeine Wirthschaftslehre, Berlin 1858 §. 25. Anm. 3.

Wenn es eine Zeit gab, welche fast jedem Menschen und selbst den einsichtigsten, selbst denen, welche auf dem Gipfel damaliger Erkenntniß standen, die

auch die Wirkungen ähnlich, wo diese andere sind, ist auch die Wirkung, das Phänomen ein anderes und alle Bedingungen einer staatlichen Organisation sind selten genau die nämlichen auch nur in zwei Ländern. Das Bedürfniß welches die verschiedenen Gestaltungen ins Leben ruft wird immer durch tausenderlei Umstände modificirt, und im Verborgenen regiert es wieder die Meinungen, Ideen, Ueberzeugungen. Daher die unendliche Mannigfaltigkeit der Rechts- und Staatsbildungen im Einzelnen und andererseits wieder die Uniformität in so vielen Erscheinungen, in denen doch nur Willkür zu sein scheint. Wie z. B. die Formen der Civil- und Strafrechtspflege sich hier so, dort so gestaltet haben, so sind auch der Zuruf des hellenischen und das Schildschlagen des germanischen Umstandes so wohl, als der Senat, Tribunat und die Comitien der Römer, der Reichstag und Landtag der Deutschen sowohl als das Parlament der Engländer alles Formen mit derselben Function, Organe für dasselbe Bedürfniß. Die höchste Staatsbehörde mit möglichst großer Macht auszurüsten und doch den Mißbrauch dieser Gewalt, d. h. den der allgemeinen Ueberzeugung zuwiderlaufenden Gebrauch derselben zu verhüten, das ist das große Problem, dessen Lösung hier so, dort so, früher in jener Weise, jetzt in dieser versucht ist. Allemal aber hat sich dabei herausgestellt, daß der Mißbrauch der Gewalt nur durch die eifersüchtige Wachsamkeit der öffentlichen Meinung verhütet werden kann, daß keine Einrichtung schützt, wenn sie nicht eben von der öffentlichen Meinung gehegt und gepflegt wird.

Man darf sich jedoch nicht denken, daß da, wo es, wie man sagt, eine starke öffentliche Meinung giebt d. h. wo die öffentliche Meinung unbeengt auf weitem Gebiete lebendig ist, daß da sich das Leben gleichförmiger, systematischer, idealer gestaltet. Das Leben ent-

---

Meinung aufzwang, einige Menschen seien von Natur zur Sklaverei bestimmt, so ist es nur die überall sich findende Beschränktheit und Prätension des allein und absolut Richtigen, die über das ganze Alterthum und Mittelalter hier den Stab zu brechen vermag. Ueber diese tiefsten Tiefen des gesellschaftlichen Lebens haben Gesetze, haben Einzelne auch wenig Gewalt. Die gesellschaftlichen Verhältnisse ändern sich allmählig und diese Aenderungen haben andere Meinungen, andere Gesetze, andere Ordnungen im Gefolge d. h. die Geschichte schreitet vorwärts, lehrend, wie jede Zeit im Rechte war, wenn auch die jüngste es noch jedesmal allein zu sein sich anmaßte.

faltet sich vielmehr auch hier und hier besonders in seiner ganzen bunten Mannigfaltigkeit mit seinen zahllosen anderswo, anderen Anschauungen gegenüber wunderlich erscheinenden Sitten, Neigungen, Ueberzeugungen und selbst an unsinnigen, auch in weitesten Kreisen für thöricht geltenden Bekenntnissen und Richtungen fehlt es nicht. Eine lebendige weitgreifende öffentliche Meinung läßt sich übrigens nicht hervorzaubern, sie ist durch mancherlei Verhältnisse, namentlich auch durch die Bevölkerungs- und Verkehrsverhältnisse, durchaus nicht allein durch gewisse Verfassungen bedingt, obwohl sie unter gewissen Verfassungsformen sich nicht entfalten kann.

Wir haben im Nächstfolgenden nur die moderne Form der Organe für die allgemeine Ueberzeugung, die Kammern oder Parlamente im Auge. Diesen Repräsentativkörpern liegt die bewußte Idee zum Grunde, daß jenes Organ, um ein möglichst vollkommener und genauer Ausdruck der öffentlichen Meinung zu sein, eine Versammlung von Männern sein müsse, welche das ganze Volk durch freie Wahl zu seinen Vertretern sich erkiest. Auch hier sucht sich das gesellschaftlich Bedeutsame und Einflußreiche zur vorzugsweisen Geltung zu bringen. Wir sahen schon, daß das Privatrecht eigentlich der Kern des Staates ist und wir werden noch weiter unten sehen, daß das Vermögen eine sehr bedeutende Rolle im Privatrecht spielt und der Grund einer sehr großen Zahl von Rechtspflichten, namentlich des ganzen s. g. Vermögensrechts ist. Das Vermögen wird also in jedem Staate eine besondere Bedeutung und Geltung haben, die Vermögenden werden im Staate besonders einflußreich sein und selbst das allgemeine Stimmrecht würde das Vordrängen dieser wie jeder anderen gesellschaftlichen Potenz nicht zu beseitigen vermögen. Dergleichen Tendenzen können durch widrige Einflüsse und Einrichtungen nur geschwächt oder verschoben, nicht beseitigt und ausgerottet werden. [1])

---

1) Uebrigens ist es wahr, daß die allgemeine Gleichheit des Privatrechts und der Besteuerung es den Engländern sehr erleichtert eine Vertretung der Gesammtheit herzustellen, während die Ungleichheit des Privatrechts für verschiedene Stände und die Steuer-Privilegien ganzer Stände in Deutschland die Kammern oft als eine Summe von Vertretungen verschiedener feindlicher Interessen erscheinen läßt.

Mit dem Entstehen einer Volks-Repräsentation wird die höchste Behörde nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung verpflichtet, nur in Uebereinstimmung mit dieser Versammlung zu handeln, so daß die primäre Pflicht, in Uebereinstimmung mit der allgemeinen Meinung zu handeln, mehr zurücktritt. Der höchsten Behörde liegt diese Pflicht auch jetzt noch ob, allein sie erfüllt dieselbe, wenn sie in Uebereinstimmung mit den Vertretern der Gesammtheit handelt und die Versammlung dieser Vertreter auflöst und neue Wahlen veranstaltet, wenn die Meinung derselben nicht mehr die allgemeine Meinung ist. Die Kammer ist verpflichtet, die Pläne und Handlungen des Staatsoberhauptes als Vertreterin der Gesammtheit zu billigen, oder zu mißbilligen und die Execution ist dabei theilweise der andern obersten Behörde übertragen, indem das Staatsoberhaupt die nicht in Uebereinstimmung mit der allgemeinen Meinung mißbilligende Kammer auflösen muß. Für den andern Theil der der letzteren obliegenden Pflicht giebt es keine geordnete Execution durch eine Behörde, da eine Pflicht des Staatsoberhauptes, die Kammer auch dann aufzulösen, wenn sie seine Pläne im Widerspruch mit der allgemeinen Meinung billigt, doch leer sein würde; indeß die ganze Einrichtung der Kammern macht hier das Bedürfniß eines Zwanges wohl zu einem blos imaginären.

Hauptsächlich Reibungen der beiden höchsten Gewalten abzuwenden, welche die Würde des Staatsoberhauptes beeinträchtigen, hat sich das Institut der Minister-Verantwortlichkeit gebildet. Die allgemeine Rechtsüberzeugung, daß die von dem Staatsoberhaupt berufenen, demselben unmittelbar untergeordneten Beamten nicht blos wie alle Staatsdiener ihrer vorgesetzten Behörde, sondern zugleich dem Parlamente verpflichtet sind, und daß das Parlament sie zur Rechenschaft ziehen muß, wenn sie sich zu einer Verletzung der dem Staatsoberhaupt obliegenden Pflichten, zu einer Verletzung der Verfassung gebrauchen ließen — diese allgemeine Ueberzeugung bewirkt praktisch, daß das Parlament sich stets an die Minister hält und das Staatsoberhaupt nur indirect zur Pflichterfüllung anhält, indem es ihm eine Verletzung sehr erschwert; denn dasselbe kann keine Diener finden die sie ausführten, weil die Diener stets fürchten müssen, daß das Parlament einst über sie zu Gericht sitzt. Die Gefahr ist so abgewendet, denn der Wechsel der Minister ist keine ordnungslose, so tief

eingreifende Umwälzung, wie der Sturz der höchsten Behörde. [1]) Mit der Einführung verantwortlicher Minister erhält also das Parlament eine zweite Function; die erste war die des Mitrathens zu den Entschlüssen des Staatsoberhauptes, nun wird es auch ein Gerichtshof für die den Ministern ihm dem Parlamente gegenüber obliegenden Pflichten. Uebrigens macht es sich im Leben von selbst, daß die Ministeranklage selten und gleichsam nur für den Nothfall ist. Die nächste und praktischste Wirkung der Ministerverantwortlichkeit ist, daß der Minister, welcher in wichtigen Dingen anderer Meinung ist, als das Parlament, sein Amt niederlegt, also der häufigere Ministerwechsel, die Partheiregierung. Denn nicht blos der Anklage, sondern auch schon einer Schwächung des moralischen Vertrauens und Ansehens pflegt durch den Austritt vorgebeugt zu werden.

Da nun aber dem Parlament kein geordneter Zwang über das Staatsoberhaupt, sondern nur die allgemeine Meinung zur Seite steht, so hängt alles davon ab, wo der Schwerpunct der physischen Macht ruht. Ist die allgemeine Meinung schwach, unentwickelt und träge und das Heer, welches dem Staatsoberhaupt zur Seite steht, stark, gut disciplinirt und als solches blind gehorsam, so wird die Kammer zwar noch immer einige Autorität ausüben können und zwar um so mehr, je größeren Werth an praktischer und theoretischer Einsicht ihr votum hat und je einflußreichere Persönlichkeiten sie unter ihren Mitgliedern zählt, [2]) aber diese Autorität wird oft, namentlich wo sie positiv wirken will, nicht durchschlagen und der Minister-

---

1) Ueber den Umfang des mit einem Ministerwechsel in England verbundenen Aemterwechsels. Gneist engl. Verf. u. Verw. Recht I. S. 286 ff.

2) „Das Ministerium" sagt Macaulay im 9. Bd. cap. 20. seiner engl. Geschichte „ist thatsächlich ein Ausschuß von leitenden Mitgliedern der zwei Häuser. Es wird von der Krone ernannt, aber es besteht aus Staatsmännern, deren Ansichten über die dringenden Fragen der Zeit in der Hauptsache mit den Ansichten der Mehrheit des Hauses der Gemeinen übereinstimmen. So lange die Minister das Vertrauen der parlamentarischen Majorität behalten, schützt sie diese gegen Opposition und verwirft jeden Antrag, der sie tadelt oder in Verlegenheit zu bringen droht. Wenn sie dies Vertrauen verwirken, so ist die Abhülfe einfach. Es ist nicht nöthig, daß die Gemeinen das Geschäft der Verwaltung auf sich nehmen, sie haben blos zu erklären, daß sie aufgehört haben, dem Ministerium zu vertrauen und um ein Ministerium zu bitten, dem sie vertrauen können. Einige wenige ausgezeichnete Männer, die in ihren allgemeinen

wechsel wird seltener, die Partheiregierung nicht so nothwendig sein wie da, wo die öffentliche Meinung stark, lebendig und bei jeder Gelegenheit wach ist und wo dem Staatsoberhaupte keine physische Macht, oder doch nur ein Volksheer zur Seite steht, welches leicht, wenn es die Verfassung für verletzt hält, seinen Dienst versagt. Jenes ist der Fall, der continentalen Staaten mit ihren stehenden Heeren, dies der Fall des alten Englands, dem seine insulare Lage es möglich machte, lange nur Milizen zur Wehr zu besitzen. Die Regierungen in den continentalen Großstaaten und diese sind maßgebend für die kleineren — haben Mittel, ihre Diener gegen die Kammermajoritäten zu schützen, und ihre Pläne trotz dieser durchzusetzen. Im Hintergrund steht als das Gelindeste die Möglichkeit ein neues Wahlgesetz zu octroyiren, wodurch sie gefügigere Kammern erhält. Diese Machtvertheilung giebt den Kammern von vorne herein eine andere Stellung; wie in England der Widerspruch der Regierung gegen die Majorität des Parlaments nur in äußersten Fällen vorkommt, weil in allen anderen diese Majorität die Uebermacht im ganzen Königreich hat, so verstummt auf dem Continent außer in äußersten Fällen der Widerspruch der Kammern vor dem Willen der Regierung, weil diese hier die Macht in Händen hat.

Das Heer ist für jede Verfassung von der allergrößten Bedeutung, auf den Grad seiner Ergebenheit, auf den Grad des Vertrauens, welches das Staatsoberhaupt auf dasselbe setzen kann, kömmt unendlich viel an, von der Bedeutung des Heeres und der Ausbildung der öffentlichen Meinung hängt die Bedeutung des Parlaments

---

Ansichten übereinstimmen, sind also zugleich die vertrauten Rathgeber des Souverains und der Stände des Reichs. Im Kabinet sprachen sie mit der Autorität von Männern, die in der Achtung der Vertreter des Volkes hochstehen; im Parlament mit der Autorität von Männern, die in großen Angelegenheiten heimisch und mit den ganzen Geheimnissen des Staates bekannt sind. So hat das Kabinet etwas von dem volksmäßigen Character eines Repräsentativkörpers und der Repräsentativkörper etwas von dem Ansehen eines Kabinets. Ist der Stand der Partheien so, daß kein Verein von Männern, der zusammengebracht werden kann, das volle Vertrauen und die standhafte Unterstützung einer Majorität des Hauses der Gemeinen besitzt, so muß es ein schwaches Ministerium geben und wird wahrscheinlich eine rasche Folge schwacher Ministerien eintreten, wobei das Haus der Gemeinen allemal in einen Zustand geräth, den kein Freund der Repräsentativ-Regierung ohne Besorgniß betrachten kann."

und des ganzen Konstitutionalismus, ja jeder Verfassung ab.[1]) Eine spanische, französische, deutsche Kammer kann gar nicht dasselbe bedeuten und einen ebenso starken Schutz für die Verfassung gewähren wie das englische Parlament. Auf dem Continent ist der Konstitutionalismus noch nicht so zur allgemeinen Rechtsanschauung geworden, auf dem Continent ruht im Heer der Schwerpunkt der Macht und dies Heer ist dem Staatsoberhaupt nothwendig ergeben. Macht eine Regierung nicht Gebrauch von ihrer Uebermacht, so thut es eine ihrer Nachfolgerinnen, ja es kommt hinzu, daß durch diese Vertheilung der Macht, die jedermann fühlt, schon das ganze Staatsleben einen andern Anstrich, die Bestrebungen in demselben ganz unbewußt eine andere Richtung bekommen: die Neigungen und Leidenschaften aller derer, die nicht durch Vermögen und ihre Ehrbegierde befriedigende Verhältnisse unabhängig sind, haben ein Interesse daran, sich im Sinne der Regierung zu regen und ihr dienstbar zu werden; auf das kleinste Detail des politischen Lebens wirkt es ein und wer weiß nicht, welchen Vorsprung derjenige hat, welcher das Interesse an sich zu knüpfen vermag! Die continentalen Mächte können daher auch nur die Regierungsform wechseln und eine Republik möglicherweise an die Stelle der Monarchie setzen, aber die höchste Gewalt der Republik wird dann so unbeschränkt sein, wie der Monarch es war, eine völlig eben so weitreichende Schranke für diese oberste Behörde,

---

1) Es ist sehr bemerkenswerth, daß auch in der Schweiz, die Schranken der höchsten Gewalt fester sind, als in den übrigen continentalen Ländern. Auch dort genügte der besonderen örtlichen Verhäjtnisse wegen ein Volksheer. Die Militairverfassung der Schweiz ist in diesem Betreff besonders lehrreich. England würde die Verfassung auch nicht haben, die es hat, wenn es von jeher stehende Heere gehabt hätte und man kann zweifeln, ob das im Verhältniß zu den continentalen Mächten noch immer sehr unbedeutende stehende Heer, welches die neuere Zeit ihm aufgedrungen hat, nicht schon die Waagschale der Macht in's Schwanken bringen, den politischen Schwerpunct anders wohin verlegen würde, wenn nicht die frühere Zeit schon einmal die jetzigen Institutionen geschaffen und in der allgemeinen Rechtsüberzeugung befestigt, hätte ja und selbst diese festgewurzelten Institutionen und diese das ganze Volk, wie nirgend sonst wo durchdringende Theilnahme an den öffentlichen Angelegenheiten möchten vielleicht im Laufe der Zeit hinschwinden und eine Zunahme der Macht des Staatsoberhauptes nicht mehr aufhalten, wenn das stehende Heer dasselbe Verhältniß zur Bevölkerung erhielte, wie in den Ländern des Continents.

wie sie das englische Volk hat, kann das übrige Europa nicht haben, so lange es stehende Heere hat und wie es diese sollte entbehren können, ist nicht einzusehen; denn es ist unmittelbar wenigstens nicht bloße Eifersucht oder bloßes Eroberungsgelüste, was die Großmächte bewegt, den größten Theil der Staatseinnahmen im Militair-Etat aufgehen zu lassen; eine Macht ist von der andern abhängig, und jede ist es sich und ihren Unterthanen schuldig, gegen alle Eventualitäten sich zu sichern und wehrhaft zu machen; und mit der Entwickelung der Staaten und der Vermehrung ihrer Bevölkerungen wachsen ja auch die Militairkräfte, nothwendig und verhältnißmäßig also auch die Heere.

Daß mit dem Entstehen einer Volksvertretung die höchste Einheit des Staates aufhört, scheint auf der Hand zu liegen. Allein wir sahen schon, daß in Wirklichkeit doch in der Regel die Entscheidung nur auf einer Seite liegt, nämlich auf derjenigen, welcher die Uebermacht zu Gebote steht. Entweder ist die Regierung der Moderator des eigentlich herrschenden Repräsentativkörpers, oder der Repräsentativkörper ist der Moderator der Regierung, damit in Gemäßheit der allgemeinen Meinung regiert werde und in der Regel ist die Einheit nicht gestört; dort entscheidet in der Regel die Rücksicht auf die Parlamentsmajorität; hier in der Regel der Wille der Regierung. Nur wo die Macht unter beide Gewalten ziemlich gleich vertheilt wäre, wäre die Einheit gestört; die Macht fängt aber nur dann an ziemlich gleich vertheilt zu sein, wenn jene äußersten Fälle erreicht werden, in denen eine besonders lebendige allgemeine Meinung dauernd verletzt wird und hier hört auch bei anderen als den modernen Repräsentativ-Verfassungen die Einheit der höchsten Gewalt, die Einheit des Herrscherwillens, auf.

Aus dieser Stellung der beiden höchsten Behörden erhellt nun auch Bedeutung und Werth der Verfassungs-Urkunden. Dieselben sind allerdings für alle untergeordneten Behörden bindend, weil sie den Willen der höchsten Behörden enthalten, [1]) für diese selbst aber haben sie keine besondere rechtsverbindliche Kraft. Auch in nicht constitutionellen Ländern wäre es möglich, daß die Rechtspflichten

1) Die Frage, in wieweit die unteren Behörden an den Willen ihrer vorgesetzten Behörden gebunden sind, ist oft ventilirt. Das was die Unterbehörde

der höchsten Behörde schriftlich verzeichnet würden. Würde eine solche Urkunde noch etwas Anderes enthalten, als wozu die höchste Behörde bereits verpflichtet ist, so wäre dieselbe hieran gewiß nicht gebunden, auch wenn sie die Urkunde selbst gemacht, oder anerkannt hätte, und umgekehrt würden diejenigen Pflichten, welche ihr nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung oblägen, aber in der Urkunde nicht verzeichnet wären, dennoch für sie bestehen bleiben.[1]) Die Urkunde hätte überhaupt nur den Zweck, jedermann mit den Pflichten der Behörden bekannt zu machen und dadurch die Controlle der Pflichterfüllung durch die Gesammtheit, sowie auch die Ordnung und die Regelmäßigkeit in der Staatsverwaltung zu befördern. Ganz dieselbe Bedeutung hat nun aber die Verfassungsurkunde auch in constitutionellen Ländern, sie enthält die Rechtspflichten der höchsten Behörden, sie bindet diese nicht anders, als wie den Privatmann eine einmal ausgesprochene Meinung bindet, nicht gleich darauf die entgegengesetzte zu haben. Denn der Gesetzgeber kann sich nicht selber Gesetze geben und daß eine vereinbarte Verfassung rechtlich jede der beiden höchsten Gewalten gegenseitig bis zur

---

rechtlich bindet, ist schließlich immer die allgemeine Ueberzeugung, daß sie nach dem Willen der vorgesetzten Behörden etwas thun oder unterlassen und widrigenfalls gezwungen resp. bestraft werden müssen. In dieser allgemeinen Ueberzeugung besteht auch die Kraft des Staatsrechts. Nun! soweit die allgemeine Ueberzeugung direct (Gewohnheitsrecht) oder indirect (Gesetzesrecht) die Unterbehörde an den Willen der Oberbehörde bindet, soweit sind sie gebunden und das ist bald mehr bald weniger; eine Gränze, wenn auch undeutlich und zweifelhaft, giebt es überall, selbst da wo die Subordination am stärksten ist. Ein Militair, dem sein Vorgesetzter gebietet, einen harmlosen Dritten wegen seines häßlichen Gesichts niederzuschießen, ist nicht bloß nicht verpflichtet, zu pariren, sondern im Gegentheil, er ist verpflichtet, nicht zu pariren; einzig und allein, weil kein Mensch hieran zweifelt. Dieser Fall ist zweifellos, andere sind zweifelhaft und die zweifelhaften Fälle werden trotz alles Redens nie hinweggeräumt. Die Gefahr derselben führt aber meist zum Gehorsam, so daß in der Regel nur in minder zweifelhaften Fällen, wo der Widerspruch auch mehr Aussicht auf Erfolg hat, Widerspruch erhoben wird; auf der Gränze schleift das Interesse ihn ab und beschwichtigt ihn.

1) Damit wird aber nicht verkannt, daß eine solche Aufzeichnung leicht das Erlöschen bestehender und das Entstehen neuer Rechtsüberzeugungen zu Wege bringen kann. Im Zweifel bietet das geschriebene Wort die ersehnte Auskunft; zunächst wird man sich an dasselbe halten.

förmlichen Abänderung oder Wiederaufhebung binde, mit andern Worten, daß aus dem s. g. Vertrage der beiden höchsten Gewalten für dieselben Rechtspflichten entspringen, wird wohl nur da behauptet, wo man eine von der allgemeinen Stimme mißbilligte Regierungshandlung fürchtet. Wenn eine der beiden höchsten Gewalten von der Verfassung abweicht, so kann die andere davon zufrieden sein, oder die Abweichung mißbilligen. Im ersteren Fall hat letztere überall keinen Anstoß. Im anderen Fall ist das Staatsoberhaupt ja schon gebunden nur mit Zustimmung der Volksrepräsentanten zu handeln; oder, wenn die letzteren einseitig von der Verfassung abweichen, so ist das Staatsoberhaupt ja schon rechtlich verpflichtet, sie aufzulösen oder sich ihr zu fügen, je nachdem es die allgemeine Rechtsüberzeugung auf seiner Seite hat, oder nicht.

§. 4.

So hat das Privatrecht das Staatsrecht nothwendig im Gefolge. Beides kann nur mit einander bestehen: ein Staat ohne Privatrecht und ein Privatrecht ohne Staat ist gleich undenkbar. Mit dem Privat- und Staatsrecht sind jedoch die Rechtsbildungen nicht erschöpft. Durch die Berührung der Staaten mit einander entstehen neue Rechtspflichten zwischen denselben und zur Realisirung des Zwanges und der Strafe ist nicht selten noch eine besondere Behörde ihnen vorgesetzt. Es entstehen auf diese Weise Staaten gewissermaßen einer höheren Ordnung (Bundesstaaten) und das neu entstehende Recht gliedert sich wieder nothwendig in dem Privat- und Staatsrecht analoge Theile. Ja es ließe sich denken, daß über diesen Staaten der höheren Ordnung wieder neue Bildungen vor sich gingen, so daß zuletzt ein einziger Staat die Welt umfaßte, dessen höchste Behörde nur noch allein der Gesammtheit verpflichtet wäre und nur noch allein unter der Gewalt der allgemeinen Rechtsüberzeugungen stände, frei von dem Zwange und der Strafe einer besonderen Behörde. Die Einrichtung unserer Erde, wie sie der Bildung sehr vieler Staaten von kleinem geographischen Umfang nicht günstig ist, setzt aber auch diesen höheren Rechtsbildungen bald eine Schranke, sie verlangt das Nebeneinanderbestehen vieler unabhängiger einfacher oder höchstens Bundesstaaten. Die Rechtspflichten dieser einzelnen Staaten gegen einander, die Völkerrechtspflichten sind dann ein Analogon der Privatrechtspflichten, doch urtheilt hier über das

Dasein derselben und ihre Verletzung und zwingt und straft der einzelne berechtigte Staat selbst, wenn auch nicht selten mit Hülfe anderer Staaten, welche die freilich oft durch das Interesse bestimmte Rechtsüberzeugung dazu bewegt, mit an der Ahndung der Pflichtverletzung Theil zu nehmen. Es vertritt hier also der Zufall der Waffen die Stelle der geordneten Execution durch eine Behörde, und das Wesen der Staaten bewahrt hier die Menschheit vor einem ewigen Kriege um so mehr, je mehr die Bevölkerung der Länder und mit ihr die Civilisation, der Verkehr der Völker und die Ineinanderpflechtung ihrer Interessen steigt. Es ist dies, wie wenn man sich denkt, daß es auch für die Realisirung der Privatrechtspflichten keine besonderen Behörden gäbe, sondern die Partheien in jedem Streitfall alle diejenigen ihrer Nachbaren, welche ihre Rechtsüberzeugung theilten, zusammenbrächten und mit einander einen Krieg im Kleinen führten. Auch hier würde oft das Interesse der Helfershelfer deren Rechtsüberzeugung nach sich ziehen und mitunter sogar trotz entgegenstehender Rechtsüberzeugung die Hülfe geleistet werden. Je zahlreicher, wichtiger, unausweichlicher die Beziehungen wären, in welcher jene beiden Partheien zu einander ständen, desto eher würden sie eine gütliche Ausgleichung finden, desto seltener würden sie zu den Waffen greifen.

§. 5.

Neben den genannten gewissermaßen nach oben hin vor sich gehenden staatlichen Bildungen finden solche gewissermaßen auch nach unten hin statt.

Die unteren Behörden können entweder von der höchsten eingesetzt werden, oder durch Wahl der Unterthanen [1]) und den so von einer einzelnen Provinz gewählten und für dieselbe eingesetzten Unterbehörden, werden oft mehrere Staatsrechtspflichten und zwar mehrere

1) In mehreren Staaten von Nordamerika werden sogar die Richter vom Volke gewählt s. Lieber on civil liberty and selfgovernment Philadelph. 1853 vol. I. pag. 243. Bei den Verhandlungen über die Verfassungsrevision in Massachusetts von 1853 waren die verständigsten Redner gegen die Volkswahl; allein das Volk stimmte mit 204 Stimmen gegen 143 für dieselbe, s. Mittermaier, die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung. Erlangen 1856 S. 117 not. 23. Die Zeit wird auch für Amerika kommen, wo das Resultat ein anderes ist.

der wichtigeren (Justizpflege, Gesetzgebung, Besteuerung, Polizei,) zugleich auferlegt, so daß dieselben eine weit größere Macht und Selbstständigkeit haben, als bei streng durchgeführter Trennung der Gewalten möglich wäre, so daß nicht selten auch ihnen gegenüber wieder besondere Schranken aufgerichtet sind, ähnlich den Schranken der höchsten Staatsbehörde. Es bilden sich dadurch deutlichere Gruppen von Unterthanen, als wenn jede Provinzial-Behörde nur eine weniger umfangreiche und bedeutende Function hätte, und da die bezeichneten Momente auf das ganze Detail des öffentlichen Lebens bestimmend einwirken, so spricht man in jenem Falle vorzugsweis von Gemeinden, Gemeindefreiheit, Selbstregierung, in diesem von Centralisation der Staatsverwaltung.

Ein Uebermaaß der letzteren macht die Menschen politisch unmündig und hat daher auch alles das im Gefolge, was politische Unmündigkeit nach sich zieht: Mangel an Theilnahme und Thatkraft in politischen Dingen und wo solche dennoch aufkeimt und keinen Raum zu ihrer Entwickelung findet: Empörung und Gesetzwidrigkeit. Ein Uebermaaß aber an selfgovernment läßt den Staat nicht zu der Einheit und somit zu der Machtfülle fremden Nationen gegenüber gedeihen, die er sonst zu entwickeln fähig wäre.

§. 6.

Keine andere allgemeine Ueberzeugungen als das Recht können Gemeinwesen schaffen. Der der Moral beiwohnende Nachtheil, die Verachtung und der Abscheu der Menschen tritt von selbst ein und bedarf zu seiner Realisirung keiner besonderen Behörden. Die kirchlichen Organismen [1]) aber sind wahre Rechtsorganismen. [2]) Die allgemeine Ueberzeugung, daß man gewisse von der Theologie erörterten Handlungen vornehmen oder unterlassen, und daß man widrigenfalls durch Anwendung gewisser, wenn auch anderer Nachtheile als auf dem Gebiete des Staats, hierzu gezwungen werden

---

1) Mit dem Ausdrucke Organismus wollen wir immer nur und zwar nur bildlich bezeichnen: daß wir es mit einem Naturprodukte, nicht mit einem Produkte menschlicher Erfindung und zwar mit einem mehr den organischen als den unorganischen Naturkörpern ähnlichem Produkte zu thun haben.

2) Es ist hier aber nur von der ecclesia visibilis die Rede und der Ausdruck „Kirche“ in weiterem Sinne genommen als er in der Theologie genommen wird, welche nur das „christlich“ religiöse Gemeinwesen Kirche nennt.

müsse, ruft zur ordnungsmäßigen Realisirung dieses Zwanges einen Behördenorganismus hervor; [1]) die allgemeine Ueberzeugung aber, daß etwas geschehen oder unterbleiben und daß widrigenfalls Zwang oder Strafe eintreten müsse, ist das Recht und alle Institute zur Realisirung von Zwangs- und Strafpflichten sind Rechtsinstitute. Das Kirchenrecht hat daher auch dem Privat- und Staatsrecht analoge Glieder und es erzeugt die Berührung eines kirchlichen Gemeinwesens mit einem anderen kirchlichen oder mit einem staatlichen Gemeinwesen neue, dem Völkerrechte analoge Rechtspflichten.

Die Religion ist nun für die Menschen von so eminenter Bedeutung, daß sie immer alle Seiten des Lebens durchdringt, mehr oder weniger also auch immer das staatliche Leben. Viele Rechtspflichten werden immer ihren Ursprung in dem religiösen Glauben haben und viele werden immer nur dazu da sein, die kirchliche Pflicht auch mit äußerem Zwang auszurüsten, den kirchlichen Zwang durch den staatlichen zu verstärken. Es braucht nur daran erinnert zu werden, wie eng z. B. das ganze Eherecht und der auf die Ehe bezügliche Theil des Strafrechts selbst da, wo die Civilehe eingeführt ist, mit der Religion zusammenhängt, wie die Ehe eigentlich erst aus dieser ihre Gestaltung empfängt, bei den Christen so, bei den Islamiten so, wie auch die Ordnung des staatlichen Gemeinwesens es verlangt, daß gewiße Kirchenrechtspflichten erfüllt werden. Selbst in den vereinigten Staaten von Nord-Amerika ist eine vollständige Trennung von Staat und Kirche keineswegs vorhanden. Eine Be-

---

1) Die allgemeine Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Behörden hat auch hier den allgemeinen Willen, solche einzusetzen und zu haben, im Gefolge. Die kirchlichen Behörden haben daher auch nur anderen Behörden und anderen Gemeinwesen gegenüber Rechte, der Gesammtheit der Unterthanen gegenüber nur Pflichten, abgesehen von dem jedem einzelnen derselben gegenüber bestehenden selbstverständlichen Recht auf Gehorsam. — Der kirchliche Behördenorganismus ist gleichfalls eine irdische Nothwendigkeit und die Berufung zum Amte ist auch hier eine sehr verschiedene nach Ort und Zeit und Confession. Daraus daß die Berufung in der apostolischen Zeit anders geschah, folgt für unsere Zeit noch nichts; daraus, daß das Amt für die Gemeinde und der Gemeinde wegen da ist, folgt so wenig, daß die Gemeinde es durch Wahl besetzen muß, wie aus dem Satze, daß alle Staatsbehörden des Volkes wegen da sind, folgt, daß das Volk durch Wahl alle Staatsämter besetzen muß. Es hängt vielmehr alles von den Rechtsüberzeugungen der besonderen Zeit und des besonderen Ortes ab.

rührung zwischen beiden ist ganz unausweichlich,[1]) beide werden ewig gewisse Forderungen an einander stellen und wenn nun der Staat von seinen Unterthanen gewisse Handlungen oder Unterlassungen verlangt, welche die Kirche denselben als Kirchenunterthanen verbietet oder umgekehrt, wenn die Kirche verlangt was der Staat verbietet, so fragt es sich allemal, wessen Willen wird entscheiden, der des Staats oder der der Kirche? Wenn die religiösen Interessen sehr vorwiegen und wenn durch das Verlangen des Staats die religiöse Ueberzeugung der Unterthanen all zu sehr verletzt wird, so wird die allgemeine Stimme für den kirchlichen Gehorsam entscheiden, Gewalt mit Gewalt erwidern und der Kirche, die eigentlich nur über Excommunication als äußerstem Zwangsmittel gebietet, eine physische Uebermacht zu Gebote stellen. Findet dagegen der Wille der obersten Kirchenbehörde in den Gemüthern keinen oder nur einen schwachen Widerhall, so wird der Wille der Staatsgewalt obsiegen, weil sie die Uebermacht in Händen hat und behält. Man pflegt für das Mittelalter der Kirche die Superiorität zu vindiciren

---

1) „Daran ist aber noch weniger zu denken, daß Staat und Kirche sich gar nicht berühren, daß sie nichts mit einander gemein haben dürften; denn ihre gegenseitigen Beziehungen sind unvermeidlich schon darum, weil jeder einzelne Mensch zugleich Staatsbürger und Träger einer religiösen Ueberzeugung sein, also beiden Genossenschaften angehören soll. — — Wenn man aber dennoch schon öfter nach gänzlicher Trennung der Kirche vom Staate verlangt hat, so sind dabei die widersprechendsten Motive wirksam gewesen. Denn einerseits waren es Personen, in denen das religiöse Bewußtsein ganz erstorben war, die also auch im Staate jede Rücksicht auf religiöse Interessen für einen überflüssigen Luxus ansehen mogten, und andrerseits konnte auch wohl einseitiger kirchlicher Eifer sich so verirren, daß ihm die Kirche durch ihre Beziehungen zum Staate nur als gefesselt und geknechtet erschien. Ward auf der einen Seite vergessen, wie kraftlos die bloße bürgerliche Rechtsordnung ohne sittliche Elemente, wie schwächlich die abstracte Moral ohne das gottesfürchtige Gewissen ist, so war es auch andrerseits nur eine Verblendung, wenn man von der Lösung aller Bande zwischen Kirche und Staat etwa die Wiederkehr einer apostolischen Zeit erwartete. — — So schwer es auch sein mag, dieses Verhältniß genau zu bestimmen; so viel steht doch immerhin fest, daß die corporativen Vermögensrechte der Kirche, die bürgerliche Geltung ihres Kultus, ihrer Festtage und der kirchlichen Ehe, sowie die Anerkennung der Sonderrechte der Geistlichen oder ihre Gleichstellung mit den Staatsbeamten, nur vom Staate gewährt werden können. — — Die

und mit Recht,[1]) obwohl auch damals der Wille der höchsten Kirchenbehörde nicht überall den Willen der Staatsgewalt aus dem Felde schlug. Und diese Superiorität konnte die Kirche um so leichter erlangen und bewahren, als ihr Gebiet über die Gränzen des einzelnen Staats hinausreichte. Der sich gegen die Kirche auflehnende Staat hatte nicht nur den Widerspruch seiner Unterthanen, sondern den Widerspruch fast der ganzen Welt zu fürchten, denn diese bildete eben eine einzige Kirche, die katholische Kirche. Die Reformation, indem sie dem kirchlichen Oberhaupt in Rom die Herrschaft über eine große Zahl von Ländern entwand, schwächte die Kirche in ihrem Verhältniß zum Staate. Die Reformirten, das Wort im buchstäblichen, nicht im theologischen Sinne genommen, brachten es überdies nicht wieder zu einem einheitlichen kirchlichen Gemeinwesen; ein einziges Kirchenoberhaupt, ein reformirter Pabst, widerstrebte ihrem Sinne und auch eine einzige höchste collegialische Behörde, eine Kirchenrepublik, kam nicht zu Stande, sondern die zahlreichen kirchlichen Oberbehörden, welche sich innerhalb der einzelnen Landesgränzen gebildet hatten oder neu bildeten, blieben unabhängig neben einander bestehen ohne eine einheitliche Spitze zu finden und es entstanden statt einer reformirten Kirche, reformirte Kirchen, die Landeskirchen. Die obersten Staatsbehörden, welche bis dahin in der Regel bei Streitpunkten der Kirchenbehörde hatten nachgeben müssen, und welche in so ferne dem Pabste untergeordnet gewesen waren, gewannen das Uebergewicht; den Streit mit der Kirche hatten sie nicht mehr mit ganz Europa, sondern nur noch mit den eignen Staatsunterthanen auszufechten. Die Gläubigen derselben Confession in anderen Ländern waren nicht mehr so leicht zur Theilnahme an der Opposition bewegt, seit ihnen ein gemeinsamer Führer und Regent fehlte, und so kam es, daß wie man früher gewissermaßen die Staatsbehörde als eine untergeordnete Behörde des Pabstes, die Staatsverwaltung als einen Zweig der Kirchenverwaltung hatte betrachten können, man nun die Kirchenbehörde als eine untergeordnete Behörde der Staats-

---

s. g. Kirchenfreiheit, wie eine clericale Parthei jetzt sie fordert, — — ist nur die Knechtung des Staats unter die verweltlichte Kirche." Fr. Bluhme, Encyclopädie, Abthl. Kirchenrecht. Bonn 1858. §. 13. S. 21 ff.

1) Vgl. Bluhme l. c. §. 219. ff.

gewalt, die Kirchenverwaltung als einen Zweig der Staatsverwaltung zu betrachten anfing und daß sogar das Staatsoberhaupt bald auch nominell zum Kirchenoberhaupte ward. Damit war denn eine vollständige Einheit von Staat und Kirche erreicht, ebenso wie noch heute in umgekehrter Weise im Kirchenstaat die vollständige Einheit von Staat und Kirche dadurch erreicht ist, daß der Pabst zugleich wirkliches Staatsoberhaupt ist und die Staatsverwaltung als ein Theil der Kirchenverwaltung erscheint. In den noch heut zu Tage katholischen Ländern ist zwar die Uebermacht der Kirche auch gebrochen; abgesehen von äußersten Verletzungen der religiösen Ueberzeugung prävalirt auch hier der Wille des Staats über den der Kirche, allein die Einheit kann hier doch nicht in dem Maaße zum Vollzug kommen, wie in den reformirten Ländern, denn das Staatsoberhaupt kann hier nicht zum Oberhaupt einer Landeskirche werden, das Verhältniß zwischen Staat und Kirche bleibt hier nothwendig ein dem völkerrechtlichen analoges.

§. 7.

Pflicht bedeutete uns also die allgemeine Ueberzeugung, daß der Mensch etwas thun oder unterlassen müsse. Man kann noch hinzufügen, daß wo irgend eine menschliche Handlung (Handlung bezeichne einmal sowohl das Thun als das Unterlassen) hinsichtlich einer Pflicht von Bedeutung sein soll, dieselbe entweder mit Willen oder aus einer nach allgemeiner Ueberzeugung unentschuldbaren Nachlässigkeit geschehen sein muß und daß dieser Wille und diese Nachlässigkeit die eines zurechnungsfähigen Menschen sein muß. Es müssen nämlich noch in der Person des Handelnden gewisse Bedingungen vorhanden sein, ohne welche die Nachlässigkeit nicht blos entschuldbar ist, sondern überhaupt nicht zugerechnet werden kann, ohne welche auch die Willensthat nicht verantwortlich macht. Die allgemeine Ueberzeugung, daß Zwang oder Strafe eintreten müsse, existirt nicht für die Fälle, in denen jene Bedingungen nicht erfüllt sind, oder m. a. W. nach allg. Ueberzeugung sind Zwang oder Strafe in denselben nicht anwendlich. Welche Bedingungen erforderlich sind, bestimmt lediglich die allgemeine Ueberzeugung; eine That wo sie zugerechnet wird, wird zunächst darum zugerechnet, weil dies nach allg. Ueberzeugung geschehen muß; wo diese nicht vorhanden ist, fällt auch die Zurechnung weg. Auch kommt man da-

mit grade nicht weiter, daß man sagt, nur eine im Zustand der Willensfreiheit geschehene Handlung werde zugerechnet, denn diese Willensfreiheit ist auch nur insoweit vorhanden, soweit die allgemeine Meinung sie als vorhanden annimmt. Einen gewissen Zustand nennt man eben Willensfreiheit und wird ihn stets so nennen, mögen nun die Metaphysiker, die den menschlichen Willen dem Causalgesetz als einzige Ausnahme entziehen, Recht behalten, oder mögen die Statistiker und Physiologen gewinnen mit der Behauptung: „der Mensch ist die Summe von Eltern und Amme, von Ort und Zeit, von Luft und Wetter, von Schall und Licht, von Kost und Kleidung." Das Recht ist von diesen Streitfragen völlig unabhängig, denn es besteht in der allgemeinen Ueberzeugung und deren Existenz ist ewig, da sie auf der Organisation des Menschen und der Außenwelt beruht, und nicht zu bezweifeln, da sie nachweisbar ist wie jedes andre Phänomen.

Also sagt man: zurechnungsfähig ist, wer willensfrei ist, so bleibt die Frage: wann ist denn der Wille nicht frei? und diese Frage ist identisch mit der Frage: wann nennt man, wann bezeichnet man den Willen als unfrei, wann nimmt die allgemeine Meinung an, der Wille sei nicht frei? — Die Erfahrung zeigt, daß der Mensch sich erst allmählig zu dem Bewußtsein seiner selbst und der Dinge um ihn her entwickelt, welches das Recht voraussetzt. Das Recht bezweckt die Menschen in den für ihr gesellschaftliches Beisammenleben mehr oder weniger nothwendigen Schranken zu halten. Es wäre zwecklos oder zweckwidrig, den Zwang oder die Strafe, welche das Recht in seiner Hand hält, auf Kinder anzuwenden, die noch andrer Erziehung bedürfen. Nur den Erwachsenen hält das Recht auf dem Wege der Ordnung, am Kinde thut es die Familie, deren Zucht und Beispiel in Wort und That. Die allgemeine Ueberzeugung, daß auch das Kind gerichtlich gezwungen und gestraft werden müsse, kann offenbar gar nicht entstehen. Das Recht ist eine gesellschaftliche Organisation, von welcher der einzelne Mensch eben erst ergriffen wird, wenn er bis zu einem gewissen Grade entwickelt ist. Des Kindes Wille ist rechtlich gar nicht vorhanden, selbst die gewollte Handlung desselben gilt rechtlich als blos äußeres Ereigniß, es selbst als handlungsunfähig; das Kind hat Rechtssubjectivität, aber diese Rechtssubjectivität ist lediglich eine zu seinem Vortheil

begründete Fiction, ein Complex von elementären Rechtspflichten, die zwischen anderen, mit eigentlicher Rechtssubjectivität begabten Menschen begründet sind und von denen das Kind factisch den Vortheil zieht. Die Handlungsfähigkeit, eigentliche Rechtssubjectivität, Willensfreiheit, Verantwortlichkeit, Zurechnungsfähigkeit beginnt nach allgemeiner Ueberzeugung erst mit reiferem Alter und des praktischen Bedürfnisses halber sogar meist mit einem bestimmten Jahre; die Erreichung dieses Alters ist Bedingung. Es folgen dann Perioden mäßigerer Zurechnung und erst bei noch vollständigerer Entwickelung tritt die volle Verantwortlichkeit ein, nach welcher jede Handlung **in concreto** alle die rechtlichen Folgen hat, welche sie nach allgemeiner Ueberzeugung haben muß.

Wie aber Jugend, so können krankhafte Zustände, geistige Verkümmerung oder Mißbildung, so können Trunkenheit, Nothstand ꝛc. die Zurechnungsfähigkeit ausschließen oder mindern: [1]) hier ist Spielraum für Gewohnheitsrecht und Gesetzgebung. Ob im einzelnen Fall der im Uebrigen willensfreie Mensch sich durch Zwang und Strafe nicht auf den Weg der Ordnung bringen läßt, ist völlig einerlei: einmal ist es mit Sicherheit nie zu wissen, ob insbes. die Strafe an einem solchen Individuum wirklich ohne allen Einfluß bleibt, und dann ist das Recht auch nicht für den Einzelnen da, sondern für das Ganze und der einzelne Fall ist nicht blos ein einzelner Fall, sondern zugleich ein Glied in einer großen Kette.

Das all und jeglichen Pflichten Gemeinsame, die allgemeinste Antwort auf die Fragen: wer muß etwas thun, oder unterlassen und wem ist er hierzu verpflichtet? oder mit anderen Worten: Wer

1) Es ist nicht einzusehen, warum man nicht sollte sagen können, eine Handlung werde nicht für voll angerechnet oder zugerechnet, jemand sei mehr oder weniger verantwortlich für dieselbe; sondern nur, jemand sei zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig. Unlogisch ist das keineswegs, denn der Begriff der Zurechnung und der Verantworlichkeit enthält nichts einem solchen übrigens auch täglich vorkommenden Sprachgebrauch Entgegenstehendes. Und gerechtfertigt, begründet ist es, da die allgemeine Ueberzeugung einmal die ist, daß die reifere Jugend zwar nicht frei von Strafe, also nicht ganz unzurechnungsfähig sei, aber doch nur eine geringere Strafe leiden müsse, als das höhere Alter.

sind die Subjecte der Pflicht? — und was muß man thun oder unterlassen? und was geschieht, wenn die Pflicht verletzt ist? — ist somit im Vorstehenden angedeutet.

Das allen Rechtspflichten Eigenthümliche und Gemeinsame bestand dann darin, daß der ihnen Zuwiderhandelnde Zwang oder Strafe leiden muß. Auch hier sind die Subjecte der Pflicht nur die willensfreien oder zurechnungsfähigen Menschen. Zwar sind es im Völkerrecht zunächst die einzelnen Staaten, im Staatsrecht größtentheils die einzelnen Behörden und selbst im Privatrecht oft Stiftungen, Innungen, ruhende Erbschaften, allein alle diese vorzugsweis s. g. juristischen Personen sind eine Fiction, durch welche eine Reihe, wenn ich so sagen darf, elementärer Rechtspflichten willensfreier Menschen zusammengefaßt wird. (Juristische Person ist eigentlich jede Person, insofern sie in rechtlichen Beziehungen steht, also jedes Rechtssubject, auch der einzelne physische Mensch, insofern er rechtlich in Betracht kommt.) Ueber die s. g. juristischen Personen des Civilrechts ist bekanntlich viel Streit. Mit Recht trennt man begrifflich neuerdings die polizeiliche Concession und die Verleihung besonderer Privilegien von der Begründung der juristischen Person. Man denke sich: eine größere Anzahl von Menschen tritt zusammen, um mit gemeinsamen Kräften einen ökonomischen Zweck zu erreichen. Dieser Zweck würde gefährdet sein, wenn zu jedem Rechtsgeschäft, welches der Verein abschließen wollte, die Uebereinstimmung sämmtlicher Gesellschafter von Nöthen wäre. Dieselben vereinbaren daher untereinander, daß Majoritätsbeschluß sie binden soll. Ein solcher kann aber nicht immer vor den dritten Personen, welche mit den Gesellschaftern in Rechtsverkehr treten, zu Stande gebracht werden und auch die jedesmalige Aufnahme der beglaubigten Verhandlung in die Legitimation eines Vertreters wäre so lästig, daß das ganze Unternehmen noch an dieser Schwerfälligkeit zu Grunde gehen müßte. Es werden deshalb ständige Vertreter, ständige Organe des Vereins gewählt und ihnen ein bestimmter Geschäftskreis angewiesen, innerhalb dessen sie Spielraum haben. Aber dritte Personen werden noch immer Anstand nehmen mit diesen zu contrahiren, wenn sie im Streitfall gegen die einzelnen Gesellschafter klagend auftreten müssen, namentlich wenn der Zweck des Vereins ein mehr dauernder ist und also im Laufe der Zeit einzelne Gesellschafter ausscheiden und neue eintreten. Die Vereins-

mitglieder legen daher gewisse Summen in eine gemeinschaftliche Kasse, die nur für die Operationen der Gesellschaft dienen soll und an die sich die dritten Contrahenten unmittelbar sollen halten können. Es fehlt dann nur noch die Anerkennung dieses Verhältnisses von Seiten des Rechts d. h. der Personification der Gesellschaft durch das Recht, damit jeder Dritte willig mit dieser contrahire. Das Recht muß sich eine Person denken, die immer auf den Anstoß und genau nach den Beschlüssen der Gesellschafter und ihrer Vertreter handelt, ja überhaupt nur handeln kann, es muß eine solche Person fingiren und dieselbe zum Rechtssubject machen, welchem das gesellschaftliche Vermögen gehört, welches klagt und verklagt wird und welches auch den einzelnen Gesellschaftern gegenüber und mit denselben wieder in Verkehr tritt.

Ein ganz ähnliches Verhältniß besteht bei den Stiftungen. Soll der Zweck derselben erreicht werden, so muß ein Mensch da sein, der das Stiftungsvermögen zu jenem Zwecke im Verkehr mit Dritten verwendet und benutzt. Seine Handlungen müssen als die Handlungen einer fingirten Person (nicht als die Handlungen eines Vertreters dieser fingirten Person) und diese als Rechtssubject gelten, dem das Vermögen gehört, und welches klagt und verklagt wird. Daß sowohl Gewohnheitsrecht wie **lex generalis** und **lex individualis** die Fiction, die juristische Person begründen können, liegt am Tage; allein häufig ist für derartige Gesellschaften und Stiftungen eine polizeiliche Genehmigung bei Strafe der Nichtigkeit erforderlich und da kann die juristische Person natürlich nicht ohne diese Concession entstehen. Begrifflich ist dieselbe jedoch immer noch etwas Anderes als die Ertheilung der juristischen Persönlichkeit durch Specialgesetz. Im letzten Grunde ist also auch im Recht überall der einzelne willensfreie Mensch das Subject der Pflicht.

Ferner ist auch im Recht die Pflicht nur verletzt, wenn die demselben zuwiderlaufende Handlung mit Willen oder aus unentschuldbarer Nachlässigkeit geschah.

Von allen Rechtspflichten werden wir es im Folgenden nur mit denjenigen der niedersten Ordnung, mit den privat- und staatsrechtlichen zu thun haben. Gemeinsam und eigenthümlich ist ihnen

allen, daß die allgemeine Rechtsüberzeugung hier nur die innerhalb des Staats bestehende ist.[1])

Den Privatrechtspflichten gemeinsam und ein strenges Unterscheidungsmerkmal derselben von den Staatsrechtspflichten ist dann ferner, daß sie Privaten gegenüber bestehen, daß Private im Gegensatz zu Behörden als die berechtigten Subjecte erscheinen und daß Zwang und Strafe fast durchweg von einer eigens hierzu gesetzten Behörde vollstreckt wird. Und steigen wir noch weiter hinab, so ist das Characteristische und Gemeinsame der Civilrechtspflichten, daß ihre Verletzung Zwang zu ihrer Erfüllung im Gegensatz zur Strafe nach sich zieht.

§. 8.

Characteristisch ist ferner für dieselben, daß ihr Inhalt ganz oder theilweise vielfach aus menschlichen Willenserklärungen, nicht unmittelbar aus einer Rechtsvorschrift zu schöpfen ist. Wir sehen nämlich, daß jede Pflicht, sei sie welcher Art sie wolle, an gewisse Bedingungen oder Verhältnisse geknüpft ist. Mit dem Eintritt dieser Verhältnisse, also mit einem Ereigniß entsteht sie, mit dem Bestehen derselben, also mit einem Zustand besteht sie, und mit dem Aufhören derselben, also wieder mit einem Ereigniß hört sie auf. So sind auch die Rechtspflichten in ihrem Entstehen und Erlöschen (Rechtsänderung) an Ereignisse, in ihrem Bestehen an Zustände geknüpft. Die Civilrechtspflichten haben aber die Eigenthümlichkeit, daß dies Ereigniß auch der menschliche Wille sein kann, eine Eigenthümlichkeit, welche dieselben den Strafrechts-, nicht den Staatsrechtspflichten gegenüber characterisirt. Wenn z. B. eine Behörde ihre Unterbehörden einsetzt, so werden auch hier durch den Willen der beiden Theile Rechtspflichten begründet nur freilich ist es hier der Wille der Beamten, nicht der Privaten.

Man könnte sagen: durch den Ehevertrag würden auch Strafrechtspflichten begründet z. B. diejenigen, deren Verletzung Ehebruch

1) Darauf beruht es auch, daß es in der That kein gemeines deutsches Privatrecht mehr giebt. Die Versuche, v. Wächter in diesem Puncte zu widerlegen, müssen von vorherein als verfehlt erscheinen. Da der deutsche Bund kein Staat, kein Bundesstaat, sondern ein Staatenbund ist, so gilt das s. g. gemeine Recht nur noch durch die Anerkennung von Seiten des Particularrechts, nur als Particularrecht.

und Bigamie genannt werden; zwar bestehe die Pflicht nicht blos unter den Ehegatten, sondern dieselbe verbinde zugleich alle ihre Mitmenschen zur Unterlassung von Handlungen; doch das sei auch bei dem dinglichen Vertrage der Fall, daß der Wille auch für Dritte Rechtspflichten begründe. Allein die sich an die Ehe anschließenden Strafrechtspflichten sind nicht als aus dem Willen originirend, sondern als an den Zustand vom Gesetze angeknüpft zu betrachten. Wenn die Paciscenten den Willen nicht haben, alle Dritten zu den Unterlassungen zu verpflichten, zu denen alle Nichteigenthümer verpflichtet sind, so ist gar kein Eigenthumsvertrag vorhanden, die Ehegatten könnten den entschiedenen Willen haben, die Strafrechtspflichten nicht zu begründen, so wäre doch eine Ehe vorhanden.

Es ist dies eine der ersten und allgemeinsten Rechtsüberzeugungen, daß der menschliche Wille vielfach auch direct (also nicht blos indem er äußere Ereigniße veranlaßt, an welche die Rechtspflichten geknüpft sind) solche hervorrufen kann, so daß durch die Interpretation des Willens erst gefunden wird, welche Pflicht nun grade begründet oder aufgehoben ist, während sonst nur der Rechtssatz zu interpretiren ist. Wir hatten es schon vorhin mit dem menschlichen Willen zu thun, als die Rede davon war, daß eine Handlung, damit sie als Pflichterfüllung oder Pflichtverletzung erscheinen könne, entweder mit Willen oder aus Nachlässigkeit geschehen sein muß; der Wille wird auch noch insofern relevant, als man den Nachtheil, welcher der Pflichtverletzung folgt, will (Kläger) oder erleidet (Beklagter); hier haben wir es mit dem Willen in einer andern Beziehung, mit dem Rechtspflichten begründenden und aufhebenden, nicht mit dem dieselben verletzenden oder Strafe resp. Zwang fordernden und erleidenden Willen zu thun. Es ist aber auch hier nur der Wille des für willensfrei anzusehenden Menschen gemeint.

Diese Macht des Willens, Rechtspflichten zu schaffen und aufzuheben, ist mehrfach beschränkt. Häufig bedürfen die Willenserklärungen noch einer besondern Form, [1]) und bei den Römern war eine solche wenigstens im Obligationenrecht noch häufiger vorgeschrieben, als in unserem heutigen Rechtsleben. Ferner ist Vorbedingung des

---

1) Z. B. bedarf der Wille der Eigenthumsübertragung zu seiner Wirksamkeit noch der Besitzübertragung, der Tradition, welche insofern Form ist.

wirklichen Entstehens oder Erlöschens einer Rechtspflicht durch den Willen, daß die Handlung oder Unterlassung, zu welcher man sich verpflichten will, nicht unmöglich oder moralwidrig sei und überhaupt kann der Wille nur Rechtspflichten begründen oder aufheben, soweit das Recht (Gewohnheits- oder Gesetzesrecht) ihm diese Macht beilegt oder m. a. W., soweit kein Rechtssatz ihn eben ausschließt (**jus cogens**), was aber nicht der Fall ist, wenn der Rechtssatz Pflichten nur als muthmaßlich und für den Fall begründet vorschreibt, daß überall keine Willenserklärung vorliegt (Intestat-Erbrecht) oder die vorliegende doch nicht, oder nicht deutlich genug etwas Anderes bestimmt. Man kann daher den Begriff des **jus cogens** auch im Staatsrecht wiederfinden. Denn derjenige Wille, welcher Rechtspflichten begründet, ist auch hier vielfach durch die Verfassung gebunden.

Zu diesem zwingenden Recht gehören auch die Vorschriften, daß gewisse Pflichten, über welche dem Willen sonst Macht gegeben ist, doch von demselben nur als untrennbare Complexe zusammen begründet oder aufgehoben werden können. Zwar können einzelne Gegenverpflichtungen constituirt werden, welche einzelne Pflichten aus jenen Reihen factisch neutralisiren, aber letztere werden doch als zusammen fortbestehend gedacht. Solche untrennbare Complexe von Rechtspflichten sind z. B. die dinglichen Rechte. Der Wille ist hier zwar nicht ganz ausgeschlossen, aber in seiner Wirksamkeit beschränkt, wenigstens in einer Beziehung.

Im Gegensatz zu diesen untrennbaren Reihen finden sich Conglomerate von Rechtspflichten, welche nach dem Rechte nur muthmaßlich mit einander begründet und angenommen werden sollen, wenn die Willenserklärung nicht deutlich etwas Anderes besagt; diese Gruppen entspringen nicht aus der gemeinen Meinung, daß die sie bildenden Pflichten nothwendig bei einander sein müßten, sondern es findet sich im Leben, daß der Wille dieselben — welche? wird auch hier nach Ort und Zeit verschieden sein — sehr häufig mit einander entstehen läßt und aufhebt. Der Mühe, diese Pflichten jedesmal einzeln aufzuzählen, entschlägt sich der menschliche Geist hier wie auch sonst durch Benennung der Gruppen mit einem Namen (Kauf, Miethe ꝛc.). Das Recht nun, welches vorschreibt, der Käufer ist da und dazu, der Verkäufer dazu verpflichtet, interpretirt nur den

Willen der Paciscenten und den von ihnen gebrauchten Namen. Wenn sich klar ergiebt, daß dieser Wille anders wollte, so gilt sein Inhalt. Hier ist nicht bloß die Antwort auf die Frage: welcher Complex von Rechtspflichten ist begründet oder aufgehoben? sondern zugleich die Antwort auf die Frage: welche Rechtspflichten enthält jener Complex im einzelnen Fall? welche einzelne Rechtspflichten sind gewollt? aus dem Willen und nicht aus einem Rechtssatz unmittelbar zu entnehmen. Hier hat der Wille in dieser Beziehung den freiesten Spielraum.

Da wo der Wille Civilrechtspflichten begründen und aufheben kann, ist zu unterscheiden, ob der Wille die größere Macht hat, auch über fremde Rechte und Pflichten zu disponiren, oder ob er nur über eigene disponiren kann. So sind die Menschen z. B. durch den Wunsch, auch über die Vortheile ihres Vermögens nach ihrem Tode bestimmen zu können, zu der allgemeinen Rechtsmeinung veranlaßt, daß durch die letzwilligen Erklärungen wirklich Rechte und Pflichten blos dritter Personen entstehen, doch sind hier oft noch strenge Formen der Willenserklärung und die Einwilligung des berechtigt oder verpflichtet Werdenden erforderlich. Ebenso disponirt der Wille in einigen Ausnahmsfällen, nämlich in den Fällen, wo eine Pollicitation wirksam ist, gleichsam zur Hälfte über ein fremdes Gebiet, denn er begründet einseitig mit der eigenen Pflicht zugleich das correspondirende Recht für einen Andern. Dieselbe halb einseitige Disposition findet statt, wenn ein Gläubiger durch einen Expromittenten bestimmt, sein altes Recht und damit zugleich die correspondirende alte Pflicht seines Schuldners aufgiebt, und es ist sogar Regel, daß jeder sich seiner Befugniß einseitig entheben, oder was dasselbe sagt, den ihm Verpflichteten einseitig liberiren kann. Zwar ist dies bestritten (s. Savigny's System **IV**. §. 202. S. 544 ff.); allein eben die **L.** 91. **D. de solut.** 46. 3. und **L.** 23. **eod.** beweisen für das gemeine deutsche Recht den Satz schon vollständig. Nur ist derselbe richtig aufzufassen. Wenn ein Gläubiger gelegentlich einem Dritten erzählt, er wolle auch den und den von seiner Schuld liberiren, so wird sich in dieser Aeußerung gewöhnlich nicht der Wille, daß nun wirklich alsbald die Befreiung eintrete, ja oft nicht einmal eine ernstliche Absicht, später zu liberiren, erkennen lassen, und daher eine solche Aeußerung keinen Verzicht involviren. Allein wenn es

klar ist, daß die Sache ernstlich gemeint war und daß die Rechtspflicht wirklich augenblicklich erlöschen sollte, so ist nicht abzusehen, warum der Gläubiger die Macht nur im Fall der Expromission oder der **L. 23. D. de solut. 46. 3.** haben sollte, warum eine solche Willenserklärung nur in diesen Fällen den Gläubiger binden und ohne oder sogar wider den Willen des Schuldners Kraft haben sollte.

In der Regel aber, wo der Wille eigene Pflichten begründen oder aufheben und eigene Befugnisse begründen will, kann er einseitig solches nicht zu Stande bringen, es muß die Einwilligung, die Annahme, der Wille des Anderen, die Befugniß zu erwerben oder aufzugeben, resp. sich zu verpflichten, hinzutreten. Mit andern Worten: die wirkliche Constituirung oder Aufhebung von Rechtspflichten kann hier nur auf dem Wege des Vertrages geschehen. [1])

Wer sein Eigenthum übertragen will, will daß alle Dritte damit von ihren Unterlassungspflichten ihm gegenüber befreit werden unter der Bedingung, daß sie alle so wie er selbst fortan dem Erwerber zu jenen Unterlassungen verpflichtet werden. Und der Erwerber will durch den s. g. dinglichen Vertrag die Befugnisse des Eigenthümers allen Dritten und dem bisherigen Eigenthümer gegenüber erwerben. Sollen diese Willenserklärungen rechtwirkende Kraft haben, so müssen sie die Pflicht zu allen den einzelnen nach allgemeiner Rechtsüberzeugung zusammen gehörigen Handlungen oder Unterlassungen begreifen und müssen dahin gehen, daß a l l e Dritte dem Erwerber verpflichtet werden, dieser a l l e n gegenüber berechtigt wird, die Unterlassung von Einwirkungen auf die Sache zu verlangen und folgeweise selbst beliebig auf die Sache einzuwirken. Einzelne kann der Wille nicht davon ausnehmen, wenn er auch Einzelnen gegenüber durch Vertrag Gegenverpflichtungen constituiren kann. Es ist dies also ein Fall, wo der Wille sowohl über fremde Pflichten und Rechte, als auch über eigene disponirt und zugleich ein Fall, wo nur eine ganze Reihe von Pflichten, d. h. Pflichten einer ganzen

1) Wie vorhin von elementären Rechtspflichten gesprochen wurde, könnte man hier von einem elementären Vertrage sprechen, im Gegensatz zu den oft sehr complicirten Rechtsgeschäften, welche das Rechtsleben und die Rechtswissenschaft als Verträge zu bezeichnen gewohnt ist.

Reihe von Personen gegenüber und Pflichten zu verschiedenen Unterlassungen zugleich begründet oder aufgehoben werden kann.

Wer sein Eigenthum aber derelinquirt, will blos die Aufhebung der Unterlassungspflicht jedes Dritten, disponirt also nur über eigne Befugnisse, was einseitig geschehen kann, aber gleichfalls über einen untrennbaren Complex von Rechtspflichten [1]); und wer eine **res derelicta** zu Eigenthum occupirt, erwirbt einseitig durch seinen Willen Befugnisse allen Dritten gegenüber.

In neuerer Zeit hat man vielfach außer den obgenannten Requisiten einer Verpflichtung durch den Willen noch ein anderes aufgestellt, eine **caussa**. Es beruht dies aber nur auf einer unklaren Vorstellung. Es versteht sich mit Naturnothwendigkeit von selbst, daß der Mensch, wo er nicht ganz bewußtlos handelt, stets irgend einen Beweggrund hat, und es ist an sich durchaus gleichgültig, welches Motiv speciell zum Grunde liegt. Wenn sich jemand verpflichten will, so macht es an sich gar keinen Unterschied, ob er schenken will oder irgend ein anderes Motiv hat, so wenig wie in dem Fall einer Schenkung es einen Unterschied macht, aus welchem Motiv er schenken will. Es kommt ursprünglich stets nur auf den Willen, sich zu verpflichten, nicht auf die Motive desselben an. Und dies gilt nicht blos für den Eigenthumsvertrag, sondern für all und jegliche rechtwirkende Willenserklärungen, also auch für die Begründung von Obligationen, wie das auch schon die Meinung von Savigny's im 2ten Theil seines Obligationenrechts §. 78 ist.

Das Motiv kann aber der Art sein, daß eine Rechtspflicht gar nicht entsteht und die **caussa** wird daher, insofern sie eine Nullität [2])

---

1) Ich habe in der ersten Ausgabe vom Eigenthumsübergang und der Dereliction eine wenigstens scheinbar andere Analyse gegeben; indem ich das Erlöschen der alten Pflichten aller dritter Personen gegen den Veräußerer und das Entstehen der neuen Pflichten aller dritten Personen gegen den Erwerber blos als eine sich an ein Ereigniß anschließende Rechtsfolge, als Fälle indirecter Verpflichtung durch den Willen hinstellte. Da indessen auch hier nur eine Interpretation der vorliegenden Willenserklärung die Frage beantwortet, welcher Complex von Rechtspflichten aufgehoben und begründet ist, so ist es accurater, auch diese beiden Fälle, wie nunmehr geschehen, zu den Fällen directer Verpflichtung durch den Willen zu zählen.

2) Der Ausdruck „Nullität" soll im Folgenden immer nur das Nichtentstandensein ausdrücken, mag es nun an einer positiven oder negativen Bedin-

nach sich ziehen kann, allerdings bedeutungsvoll.[1]) Es gilt ganz allgemein, daß wenn das Motiv der Wille eines rechts- oder moralwidrigen Zweckes ist, die ganze Willensdisposition kraftlos ist. Es gehört also zu den negativen Bedingungen der Entstehung einer Rechtspflicht durch den Willen, daß kein rechts- oder moralwidriger Zweck beabsichtigt sei. Ebenso ist in Folge der Nichtigkeitserklärung der Schenkungen unter Ehegatten und der großen nicht insinuirten Schenkungen die Abwesenheit einer solchen Schenkung Requisit jeder wirklichen Begründung einer Verpflichtung durch den menschlichen Willen und folglich in der Regel Bestandtheil des Klag-, Einreden-, Repliken-Fundamentes geworden. In den meisten Fällen freilich bedarf es einen besonderen Nachweises dieser negativen Erfordernisse nicht, nämlich in allen den Fällen, wo schon aus den nähern Umständen hervorgeht, daß das Erforderniß vorhanden ist, z. B. wo die Contrahenten offenbar keine Eheleute sind, wo das Object der Verpflichtung unter 1400 Thlr. beträgt 2c. Ist aber auch nur irgend ein Zweifel da, so muß der Kläger event. auf Anhalten des Richters, das negative Erforderniß behaupten und beweisen und wenn auch der Richter ihn nicht hierzu anhält, so muß der Beklagte den Richter durch das Obergericht zwingen, ihn hierzu anzuhalten, widrigenfalls der Beklagte schließlich den Nachtheil des Beweises davon hat.

In dieser Gränze und in diesem Sinne hat eine Lehre von der speciellen **caussa** also allerdings Bedeutung, doch führt diese Lehre nur zu einer Eintheilung der **caussae** in solche, welche allgemein, oder unter anderweiten besonderen Umständen der Verpflichtung durch den Willen im Wege stehen und solche, welche dies nicht thun. Andere Eintheilungen sind bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der **caussae** unvollständig oder irrelevant oder unlogisch und selbst die obige Eintheilung ist ziemlich bedeutungslos, denn ihr Princip ist nichts für die **caussae** Eigenthümliches. Dem Richter, damit er von

---

gung gefehlt haben. Leider ist Savigny (O. R. Thl. II. §. 78. S. 263) diesen s. g. negativen Bedingungen mit der Bemerkung, sie hätten eine exceptionelle Natur und sie zu berücksichtigen, sei unlogisch, aus dem Wege gegangen und hat so diesmal einen dunklen Punct vermieden.

1) Deßhalb sollte man auch nur von mangelhafter, nicht von mangelnder causa sprechen.

der Existenz einer Rechtspflicht überzeugt werde, muß der Nachweis aller ihrer Bedingungen, also auch die Abwesenheit aller nur irgend zu vermuthenden Nullitätsgründe docirt werden und das geschieht nur durch möglichst vollständige und specielle Erzählung des Vertrags nach Ort und Zeit, Motiv, Gegenstand 2c. [1]) Wenn ein Gesetz alle unter der Kirchzeit abgeschlossenen Verträge mit Nullität bedrohte, so würde die genaue Angabe der Zeit des Vertragsab-

---

1) Wenn A klagt, B sei ihm für verschiedene Dienste 100 schuldig geworden, wolle aber nicht zahlen, er bitte um Verurtheilung desselben, so kann B möglicherweise einräumen, daß er für verschiedene Dienste dem A 100 schuldig geworden, und nur die geschehene Zahlung behaupten wollen. Es ist daher nicht einzusehen, warum dem A die Verhandlung von vornherein abgeschnitten werden müßte. Allerdings wenn B leugnet, 100 für verschiedene Dienste schuldig geworden zu sein oder wenn er zur Ermöchlichung specieller Litiscontestation die specielle Angabe der die Klage begründenden Facta verlangt, so muß die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden, denn B hat Anspruch auf eine derartige specielle Klagbegründung und auch die Ordnung des Processes verbietet ein zu allgemeines Beweisinterlocut. — Ebenso wenn A klagt, B habe ihm 100 versprochen, wolle aber nicht zahlen.

Da die Angabe ganz specieller Data zum Nachweis der Abwesenheit in concreto irgends möchlicher Nullitäten oder m. a. W. zu dem Nachweis erforderlich ist, daß der wirklichen Entstehung der Rechtspflicht nichts im Wege stand, so ist die Grenze, wie genau eine Klage zu substantiiren ist, überhaupt nicht scharf, und viel in das vernünftige Ermessen des Richters gestellt. Wo z. B. gar nicht daran zu denken ist, daß der Beklagte aus der Angabe von Ort oder Zeit des Vertrags durch Anwendung fremder Gesetze oder sonst auf irgend eine Art etwas für sich herleiten kann, ist die Klage auch ohne diese Angabe genugsam substantiirt und wird in der That auch toto die dafür gehalten, wiewohl die Praxis sich gewöhnt hat, Klagen der vorhin bezeichneten Art ohne Weiteres abzuweisen.

Wenn A klagt, B habe anerkannt, ihm 100 schuldig zu sein, ihm selbige auch zu zahlen versprochen, aber nicht gezahlt, so kann B entgegnen: „die Klage ist zu allgemein substantiirt, denn wenn ich auch 100 versprach, so ist damit noch nicht gesagt, daß ich auch 100 schuldig geworden bin, was ich leugne. Vieles stand im Wege. Der Grund, aus dem ich versprach, wenn Du ihn nur angiebst, wird das zeigen.“ B kann den A nöthigen, auf das erste Versprechen zurückzugehen. War dies nichtig, etwa weil es Bestandtheil eines nichtigen Kaufs war, so ist auch das zweite Versprechen nichtig, denn man kann kein indebitum constituiren und daß B etwas Neues schenkungsweise oder aus sonst einem Motiv versprechen wollte, ist ja nicht behauptet. Wollte A dies, so mußte er es deutlicher aussprechen und begründen, z. B. durch die Behauptung, B habe die Ungültigkeit des Kaufs zur Zeit der Anerkennung uud des zweiten Versprechens gekannt.

schlusses grade so zum Klag-, Einreden-, Repliken-, Dupliken-Fundament gehören, wie jetzt die Angabe der **caussa**.

Wenn nun für gewisse Vertragsarten bestimmte Formen [1]) vorgeschrieben sind, unter denen sie allein Kraft haben sollen, so ist damit an dem Vorstehenden nichts verändert. Es gehört nur außer den gewöhnlichen Requisiten noch die Erfüllung der Formvorschriften zum Klagfundamente. So bei dem an die Tradition gebundenen Eigenthumsvertrag. Allein bei einigen Formalverträgen werden mehr oder weniger von jenen gewöhnlichen Requisiten der Entstehung der betreffenden Rechtspflicht präsumirt. Der Wechselkläger braucht nicht die Abwesenheit einer großen Schenkung, sondern der Wechselbeklagte muß die Abwesenheit derselben als Einrede behaupten und beweisen. Die **caussa** wird insofern prozessualisch-isolirt; allein diese Isolirung ist wieder nichts der **caussa** Eigenthümliches; auch andere Bestandtheile des Klagfundaments, bald mehr bald weniger, werden zu Einreden gemacht [2]) und wenn es jenes Gesetz über Ver-

---

1) Nur diese Form macht den Begriff des förmlichen, des Formalvertrags aus, dessen Gegensatz nicht der materielle, sondern der formlose Vertrag ist. Materiell d. h. aus einem Motiv herfließend, mit einer causa versehen ist jeder Vertrag, ebenso wie jeder Vertrag zu irgend einer Zeit abgeschlossen sein muß. Förmlich waren bei den Römern alle Innominatcontracte und von den Nominatcontracten die Real-, Verbal- und Literalcontracte, die Form der Willenserklärung bestand in einem dare, facere, certa verba loqui etc. Formlos dagegen waren von den Contracten die Consensualcontracte, im Uebrigen aber alle pacta, sowohl diejenigen, welche eine vollständige obligatio mit actio begründeten, also die pacta legitima, praetoria, adjecta, als auch die, welche nur eine obligatio mit mangelhafterem Schutz, nur eine naturalis obligatio gaben. Bei allen Verträgen aber, förmlichen wie formlosen, war die causa insofern und nur insofern sie eine Nullität nach sich ziehen konnte, von Bedeutung und selbst eine stipulatio war nichtig, wenn ihr eine causa zu Grunde lag, welche das Entstehen der Rechtspflicht hinderte l. 3. §. 10. D. de don. int. vir. 24. 1. Et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet. Ipso enim jure (opp. ope exceptionis) quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt. Nur hatte vermuthlich, wenn die Ehe zur Zeit der Stipulation oder die Schenkung zum Beweise kam, der beklagte Theil zu beweisen, so daß der Nullitätsgrund Einrede im heutigen Sinne ward.

2) Der Beklagte kann sich auf folgende Weise vertheidigen:

1. durch s. g. negative Litiscontestation, also Leugnen des Klaggrundes oder
2. auch durch Einreden und zwar durch a) die Behauptung von Factis, durch

träge unter der Kirchzeit gäbe, so würde der Wechselbeklagte auch den Beweis zu führen haben, daß der Vertrag während des Gottesdienstes abgeschlossen sei, nicht der Wechselkläger, daß der Vertrag zu einer andern Zeit perfect wurde. Ein Theil des Klagfundaments wird sogar bei einigen strengeren Formalverträgen, wie z. B. eben dem Wechselvertrag, noch mehr zurückgedrängt und wenn man sich des Ausdrucks doch bedienen will „isolirt", indem derselbe nicht blos ins Gegentheil gewendet zur Einrede gemacht wird, sondern überdies diese Einrede, wenn sie nicht sofort liquid ist, aus diesem

welche das aus dem Klagegrunde entsprungene Recht wieder aufgehoben ist, b) die Behauptung von Factis, aus denen ein dem aus dem Klagegrunde entsprungenen Recht entgegenstehendes Recht hervorgegangen ist (exceptio im römischen Sinn). Bei 1. trifft den Kläger bei 2., a. und b. den Beklagten die Beweislast s. Savigny's System V. §. 225. S. 153 ff. Savigny scheint nur darin a. M., daß nach ihm bei 1. „in der Regel" den Kläger die Beweislast treffen soll; in gewissem Sinne ist ihm aber auch beizustimmen; denn es kann ein Theil des Klaggrundes präsumirt werden, wodurch die entgegengesetzte Behauptung zur Einrede wird, und wenn man in diesem Fall nicht von einer ursprünglich dem Kläger obliegenden Beweislast sprechen will, so hat der Kläger allerdings nur in der Regel den Klagegrund zu beweisen. Vortrefflich aber bemerkt v. Savigny l. c. S. 156, daß das Verhältniß der 3. Klasse der Vertheidigung zu den beiden ersten, daß die Gränze dieser Klassen, die Unterscheidung der Fälle, die dem einen oder anderen Gebiet angehören, größtentheils von positiven Rechtsregeln abgängig ist, also einen historischen Character hat, so daß darin Manches anders sein könnte und auch wohl bei dem Uebergang des römischen Rechts in die neuere Zeit anders geworden ist. — Die Umwandlung des römischen Processes hat aber hiermit nichts zu thun. Als mit dem ordo judiciorum die besondere Ertheilung der actio, exceptio etc. per formulam, also der einfache, durch besondere Ausnahmen bedingte Befehl des Prätor an den judex zur Verurtheilung resp. Freisprechung des Beklagten wegfiel, wurden natürlich die freien Anträge der Partheien auf Verurtheilung und Abweisung zu actiones und exceptiones etc.; alle Einreden wurden zu Ausnahmen (exceptiones) von der Verurtheilung resp. Abweisung und wenn der Prätor früher gegen den Beklagten, der die in der formula enthaltene Bedingung der Verurtheilung zugestand, überhaupt keine actio mehr ertheilte, sondern sofort zur Execution schritt und dem Kläger, der die in die formula aufzunehmende Bedingung der Abweisung zugestand, die Klage abschlug, so daß es zur Ertheilung der exceptio gar nicht kam, so enthält jetzt natürlich unser erstes Erkenntniß erst die Executionsdrohung gegen den reus confessus und den Abschlag der Klage des der Einrede geständigen Klägers; Klage und Einreden kommen also auch in diesen Fällen zur Existenz.

Prozesse heraus und zur separaten Geltendmachung verwiesen wird. Ja es ließe sich denken, daß bei Verträgen mit besonders strengen und schützenden Formen z. B. solchen, die nur vor Gericht nach voraufgängiger und eindringlicher Erläuterung und Warnung abgeschlossen werden können, die Einrede einer Nullität aus gewissen Gründen vollständig ausgeschlossen, also ein Theil des regelmäßigen ursprünglichen Klagfundaments vollständig ausgelöscht und bedeutungslos gemacht würde, ähnlich wie der Rechtskraft gegenüber civilrechtliche Nullitätsgründe ohnmächtig werden. — Auch dies Verhältniß kommt bei der Wechselverbindlichkeit vor, insofern hier nämlich nur solche nicht wechselmäßige, also ordinäre Einreden gegen den Kläger überall gegeben sind, welche gegen denselben unmittelbar gerichtet sind, insofern demnach alle andern Einreden wegfallen. s. Allg. W. O. art. 82. Dafür jedoch, daß jede selbst die ganz formlose Verpflichtung, wenn sie nur in einem Schuldschein anerkannt ist, auch nur die schwächste der bezeichneten prozessualischen Ausnahmsstellungen habe, giebt es weder ein Gesetz noch ein Gewohnheitsrecht und auch rechtspolitisch ist eine solche nicht empfehlenswerth, denn abgesehen von Anderem würde der Schutz geschwächt, den das Recht allerdings auch den Unbedächtigen durch manche Nullität gewähren will; eine nichtige Rechtspflicht brauchte nur schriftlich anerkannt zu werden, damit sie convalescire oder wenigstens die Beweislast dem Beklagten zugewälzt werde. Dieser Schutz hat sich zudem noch nicht als lästig erwiesen und konnte dies um so weniger, als wir einen vortrefflichen, allgemein zugänglichen Formalvertrag haben, der dem Kläger außerordentliche Vortheile verschafft und in den sogar das einfache Schuldversprechen eingekleidet werden kann: den Wechselvertrag. O. Bähr in seiner Schrift über „die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" und in den Jahrb. für die Dogmatik des heut. Privatrechts von Gerber und Jhering. Bd. 2. stößt wiederholt darauf, daß es sich bei dem Streit über die causa eigentlich nur darum dreht, wann der Nachweis der causa zum Klagfundament gehört, wann die Behauptung einer aus der causa hergeleiteten Nullität sich prozessualisch als Einrede darstellt, wann eine solche Einrede nur in separato zu verhandeln ist und wann sie sogar ganz und gar wegfällt. Allein es findet sich zwischendurch bei ihm immer wieder die allerdings unklar ausgedrückte Meinung,

daß durch „die Isolirung der **caussa**“ allemal etwas an den Bedingungen der Entstehung der Rechtspflichten verändert werde und daß man durchaus zwischen materiellen und formellen Verträgen zu unterscheiden habe. An den Bedingungen der Existenz der Rechtspflichten wird indeß schließlich nur durch die gänzliche Aufhebung von Nullitätsgründen für gewisse Verträge etwas verändert; insoweit die Behauptung solcher Nullitätsgründe blos zur Einrede wird, werden jene Bedingungen gar nicht verändert; insofern solche Einreden **ad separatum** verwiesen werden, werden jene Bedingungen nur vorläufig für einen besonderen Prozeß verändert. [1]) Man sollte daher auch den formellen Verträgen nur die formlosen gegenüberstellen und, will man für das oben angedeutete Verhältniß einen Ausdruck, von mehr oder weniger strengen Verträgen sprechen; die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Verträgen aber, die jedenfalls wenig bezeichnend ist, sollte man fallen lassen, wie man die Unterscheidung zwischen ächter und unächter Anerkennung als ganz unbegründet nicht aufnehmen sollte. Wenn auch „die Willenseinigung oft mehrere sie verkörpernde Ausdrucksweisen findet, von denen jede für sich allein prozessualisch den Vertrag als bestehend erkennen läßt, — — während das Obligationsverhältniß nur einmal existirt und daher die Vertragsleistungen nur einmal begehrt werden können,“ — so liegt im Begriff der Anerkennung doch keineswegs eine neue Erklärung des Verpflichtungswillens, sondern nur ein Geständniß einer früheren Verpflichtung. Und selbst wenn man annähme, daß sich mit der Anerkennung stillschweigends der Verpflichtungswille verbände, so würde die Unterscheidung einer ächten und unächten Anerkennung doch ganz nutzlos sein. Wie die mündliche Anerkennung, so ist auch die schriftliche als Beweis nur dann gegenügend, wenn sie ein Geständniß sämmtlicher zum ordentlichen Klagfundament gehörender Thatsachen ist und wie die bloße Behauptung eines mündlichen Zahlungsversprechens, so reicht auch ein bloßes schriftliches Zahlungsversprechen zur Klagbegründung nicht aus. Das

---

1) Aus dem Wechselvertrag entspringt, z. B. ein vorläufiges im Wechselprozeß siegreiches aber in **separato** wieder aufhebbares Recht gegen den Wechselschuldner, der nur eine illiquide Einrede hat auf Grund einer aus der **causssa** herrührenden und unmittelbar gegen den Wechselkläger bestehenden Nullität.

Versprechen muß vielmehr in beiden Fällen nach Ort, Zeit, Motiv ꝛc. specialisirt d. h. die Klage muß genauer substantirt sein, wie das Geständniß um zu beweisen, auf alle diese speciellen Facta gerichtet sein muß. Der einfache Schuldschein ist daher für sich allein ungenügend, selbst wenn in ihm der Verpflichtungswille sich ausdrücklich neu erklärt hat und man, wo dies nicht ausdrücklich geschah, es als stillschweigends geschehen annähme, denn wenn der vom Gläubiger producirte Schuldschein allerdings auch die Vermuthung begründet, daß ein Vertrag des Inhalts, wie ihn der Schuldschein angiebt, durch Hingabe und Annahme des letzteren abgeschlossen ist, so ist doch eben die bloße Behauptung dieses Vertrags nicht genug und es muß zur gehörigen Klagbegründung u. A. noch die **caussa** des Vertrages angegeben werden. Bei der Abrechnung aber wird durch Novation statt einer Mehrzahl von auf beiden oder nur auf einer Seite begründeten Forderungen eine einzige begründet. Das Motiv ist eben, das gegenseitige Verhältniß festzustellen, ins Klare zu bringen und zu vereinfachen; die **caussa** liegt also in der Abrechnung selbst und wird, wie bei anderen Novationen nicht leicht eine Nullität verursachen. Daß der Klage aus dem Abrechnungsgeschäft nur die Einrede des entschuldbaren Irrthums entgegengesetzt werden kann, während ein einfacher Gegenbeweis dahin, daß die alten Forderungen so gar nicht bestanden haben, wie sie zur Berechnung gekommen sind, unzuläßig ist, ist auch nicht Folge der Anerkennung, sondern Folge der durch den Willen der Paciscenten, wie er sich aus dem ganzen Sinn des Abrechnungsgeschäftes ergiebt, geschehenen Aufhebung der alten Forderungen und Begründung einer neuen Forderung, wodurch ebenso wie durch die Solution und das gerichtliche Geständniß nur noch der Beweis des entschuldbaren Irrthums wirksam bleibt. Wenn der Condicirende seinen Irrthum beweisen muß, so ist es, weil ihn die Zahlung in die Lage des Klägers gebracht hat, der Kläger der die Klage begründenden Thatsachen beweisen muß und zu diesen auch der Irrthum gehört, während nichts präsumirt wird, weder der Glaube des Klägers, eine wirklich bestehende Schuld mit der Zahlung zu tilgen, noch irgend ein anderer Gedanke, irgend eine andere Absicht desselben bei der Zahlung. Und wenn das gerichtliche Geständniß nur noch den Beweis des Irrthums zuläßt, so folgt das daraus, daß der Richter dasselbe von vornherein

nicht lediglich als Beweismittel sondern als eine Aeußerung betrachten soll, welche entweder Beweismittel oder Willensdisposition ist und mag sie sein, was von beidem sie will, jedenfalls ihn bindet. Der gerichtlich Geständige kann daher nur noch darthun, daß nicht blos das Gestandene unwahr ist, sondern er auch die Absicht, sich etwas zu vergeben, nicht hatte. Dem außergerichtlich Geständigen aber wird durch sein Geständniß keine andere Partheirolle im Prozesse zu Theil und dies Geständniß ist auch von vornherein lediglich als Beweismittel aufzufassen, indem eine mit demselben verknüpfte Willensdisposition besonders behauptet und bewiesen werden muß und überhaupt den allgemeinen prozessualischen Regeln über genaue Klagsubstantiation unterliegt. Das Recht, welches dem außergerichtlichen Geständniß dieselbe Stellung wie dem gerichtlichen gäbe, müßte consequent auch den **A**, der den **B** aus einem ungültigen Kauf verklagte, von der Behauptung und dem Beweis, daß **B** zur Zeit des Vertragsabschlusses die Ungültigkeit desselben kannte, befreien und nur noch dem **B** den Beweis offen lassen, daß er die Ungültigkeit nicht kannte. Die außergerichtlich ausgestellte Quittung endlich ist auch lediglich Beweismittel; sie beweist zwar gegen den Aussteller den Empfang des Geldes, aber derselbe kann durch directen Gegenbeweis den Nichtempfang noch immer darthun. [1])

Wir haben oben von dem Entstehen der Verpflichtungen d u r ch ein Ereigniß gesprochen. Dieser durch das Bedürfniß des Lebens hervorgerufene Sprachgebrauch hat schon wiederholt zu dem wissenschaftlichen Irrthum geführt, daß das Ereigniß die U r s a ch e der Rechtsänderung sei. „Wenn das Eigenthum durch den Untergang der Sache erlischt“, so argumentirt u. A. Leist in seinen Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse, „so ist dieser die Ursache der Rechtsänderung, letztere von diesem Ereigniß allein abhängig und eine naturnothwendige Folge des Ereignisses. Der Satz, daß das Eigenthum mit dem Untergang der Sache erlischt, ist also ein reiner Natursatz, dem Recht ursprünglich gar nicht angehörig, sondern bloß

1) Die von Bähr in den Jahrbüchern f. d. Dogm. d. heut. Rechts mitgetheilten Entscheidungen beweisen zum Theil grade, daß die Nichtanwendung obiger Sätze zu härten führt; nirgends beweisen sie, daß ihre Anwendung solche Folge hat.

von demselben recipirt". Allein „die Menschheit ist gewohnt, den Namen „„Ursache"" fast einer jeden der Bedingungen eines Phänomens ohne Ausnahme sogar der ganz negativen und für sich ganz unwirksamen Bedingungen zu geben, sobald nur ihr Antheil an dem Gegenstand grade recht sichtlich ist. Wissenschaftlich gesprochen, besteht aber die Ursache aus der ganzen Summe der positiven und negativen Bedingungen, denen die Wirkung unveränderlich folgt." S. die inductive Logik von J. St. Mill übersetzt von Dr. J. Schiel. Braunschweig. 1849. S. 54 ff. Das Naturereigniß ist nur eine der Bedingungen des Erlöschens des Eigenthums, wenn auch die am meisten in die Augen fallende. Eine zweite, wenn auch mehr zurücktretende Bedingung ist das Dasein des Rechts. Gäbe es kein Recht, so gäbe es auch kein Eigenthum und es könnten nur Sachen, nicht ein Eigenthum untergehen. Der Satz, daß mit dem Untergang der Sache das Eigenthum erlischt, ist also nicht weniger und nicht mehr ein Rechtssatz, wie irgend ein anderer, und das ist allein ein Natursatz, daß eine S a c h e unter den und den Bedingungen untergeht.

Der richtige Begriff der Bedingung als eines Theils der Ursache des Phänomens führt uns noch zu einer weiteren Erörterung.

Man kann oft mehrere Handlungen als eine einzige, und eine einzelne als einen Theil einer anderen betrachten und hiernach auch mehrere Verpflichtungen als eine einzelne und umgekehrt eine einzelne Verpflichtung nur als einen Theil einer anderen Verpflichtung auffassen. In ähnlicher Weise kann man sich allgemein zu einer Handlung oder Unterlassung verpflichten, ohne daß die Verhältnisse, unter denen sie geschehen soll, in Betracht gezogen würden, oder man kann mehr oder weniger von diesen Verhältnissen mit in Betracht ziehen und so die Leistung specialisiren. Eine solche Specialisirung geschieht z. B. durch das Hinzufügen einer Zeit, in welcher die Handlung oder Unterlassung geschehen soll. Dieselbe Handlung, zu einer andern Zeit vorgenommen, wird nun zu einer andern, welche gar nicht gewollt, und zu welcher eine Verpflichtung nicht eingegangen ist. Stirbt der Verpflichtete vor der bestimmten Zeit, so wird jene specialisirte Handlung unmöglich und die Pflicht erlischt.

Die Specialisirung kann aber auch geschehen durch das willkürliche Hinzufügen eines ungewissen Ereignisses, von dessen Eintritt an oder bis zu dessen Eintritt die Handlung oder Unterlassung ge-

schehen soll, oder zu dem sie sonst in Beziehung gesetzt wird. Unter anderen Umständen geschehen wird die Handlung nun, obwohl im Uebrigen durchaus die nämliche, zu einer andern Handlung, die nicht gewollt und zu der eine Verpflichtung überall nicht eingegangen ist. Tritt jenes Ereigniß aber gar nicht ein, so wird jene specialisirte Handlung unmöglich und die Pflicht erlischt. Immer aber wird die Pflicht alsbald mit dem Vertragsabschluß begründet und bleibt keineswegs mehr **in suspenso**, wohl aber kann sie, wie jede Verpflichtung vor ihrer Erfüllung erlöschen, freilich sie noch leichter wie andere, da sie wegen ihrer Specialisirung leichter unmöglich werden kann.

Die Entstehung und Manifestation des scheinbar beschränkten, in der That aber ganzen, ungetheilten und nur auf eine specialisirte Handlung gerichteten Willens ist nun eine der Bedingungen der entstehenden Verpflichtung, aber nicht die einzige, denn abgesehen von der stets wiederkehrenden Bedingung des Daseins des Rechts, giebt es noch außerdem andere insbesondere negative Bedingungen. Gleichwohl hat man in der Rechtswissenschaft bald die Conception jenes scheinbar beschränkten Willens, oder wie man sich auszudrücken pflegte, die Thätigkeit der Selbstbeschränkung des Willens, bald sogar den Eintritt des ungewissen Umstandes, der in Wirklichkeit keine Bedingung der Pflicht ist, für die einzige Bedingung gehalten und als Bedingung κατ᾽ ἐξοχήν bezeichnet. Es ist dies Verfahren den Gesetzen des menschlichen Geistes gemäß und im Grunde dasselbe, wie dasjenige, welches stattfindet, wenn der Geist von allem Uebrigen außer dem Begriff der Größe abstrahirend, mit Buchstaben oder sonstigen Größenzeichen operirt.

Wichtig ist übrigens die Eintheilung der Bedingungen **in conditiones in futurum relatae** auf der einen, und **conditiones in praesens vel in praeteritum relatae** auf der andern Seite, je nachdem das ungewisse die Handlung specialisirende Ereigniß in die Zukunft oder in die Gegenwart oder Vergangenheit fällt, je nachdem es also noch objectiv ungewiß oder objectiv gewiß und nur subjectiv noch ungewiß ist. Ist nämlich das letztere der Fall, so ist es möglich, daß gar keine Verpflichtung entsteht, und nur die Contrahenten über das Bestehen oder Nichtbestehen derselben noch ungewiß sind, während bei den **conditiones in futurum relatae** stets eine Verpflichtung entsteht und die Contrahenten nicht hierüber, son-

dern nur darüber, ob die entstandene auch wirklich wird erfüllt werden können, oder ob sie noch vor der Erfüllung resp. während derselben erlöschen wird, ungewiß sein können. Damit hängt zusammen, daß bei den **conditiones in praesens vel in praeteritum relatae** von Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen nicht die Rede sein kann. Zwar wird auch bei den **conditiones in futurum relatae** das, was in Wirklichkeit begründet ist, die specialisirte Befugniß nämlich, nicht mehr suspendirt; allein diese specialisirte Befugniß ist eben praktisch gleich derselben noch bis zu einer gewissen Zeit suspendirten, nicht specialisirten Befugniß. Es sind das zwei Ausdrücke für dieselbe Sache; man kann sagen: **B** hat von **A** eine dann zu leistende Handlung zu fordern, oder **B** hat von **A** eine Handlung zu fordern, sein Anspruch ist aber noch bis zu der und der Zeit suspendirt. Bei den **conditiones in praesens vel in praeteritum relatae** aber beginnt eine nicht specialirsirte Befugniß immer, wenn sie überhaupt beginnt, mit dem Vertragsabschluß und ebenso wird bei jenen die Rechtspflicht, wenn sie einmal begonnen hat, in keinem Fall wieder resolvirt; vorausgesetzt natürlich, daß sich nicht noch **conditiones in futurum relatae** neben den **conditiones in praesens vel in praeteritum relatae** vorfinden. [1]) Diese Unterschiede sind es auch, die eine Auseinanderhaltung beider

1) Wenn A dem B etwas verspricht unter der Bedingung, daß gestern in Newyork die Course gestiegen sind, so wird B factisch freilich auch in diesem Fall die Handlung des A nicht eher fordern können, als bis zuverlässige Nachricht aus N. eintrifft, allein nur, weil er sein Recht nicht eher behaupten und beweisen kann. Das Recht, die Handlung zu verlangen ist hier aber, wenn es überhaupt begründet ist, sofort begründet. Ebenso ist B, wenn A ihm unter obiger Bedingung, daß gestern in N. die Course stiegen, eine Sache zu Eigenthum tradirt, schon vom Moment der Tradition und nicht von dem Moment der Nachricht an Eigenthümer geworden, wenn wirklich die Course in N. gestiegen waren, und dies Eigenthum wird nie wieder resolvirt. Dagegen, wenn A dem B etwas verspricht unter der Bedingung, daß nach 4 Wochen die Course in Paris steigen, so hat B sofort nur die Befugniß, die durch die Bedingung specialisirte Handlung, also eine jedenfalls erst nach 4 Wochen, wenn überhaupt je mögliche Handlung zu verlangen; und wenn er dieselbe Handlung früher fordert, so fordert er etwas ganz Anderes, als worauf er ein Recht hat und muß aus diesem Grunde, nicht wegen mangelnden Beweises abgewiesen werden. Und wenn A dem B eine Sache zu Eigenthum tradirt unter der Bedingung, daß nach 4 Wochen

Arten von Bedingungen verlangen. Man hat jedoch das Gemeinsame bisher allzu sehr außer Acht gelassen und die **conditiones in praesens vel in praeteritum relatae** als Bestimmungen angesehen, die „zwar auch ihre Wirksamkeit und zwar im Ganzen auf dieselbe Weise wie die **conditiones in futurum relatae** hätten", im Grunde aber doch etwas ganz Anderes wären. s. v. Savigny's System Bd. III. S. 125. Die **conditiones in praesens vel in praeteritum relatae** haben insbesondere im Obligationenrecht eine große Bedeutung. Das von O. Bähr in seiner Schrift über die „Anerkennung" §. 5. und §. 11. erwähnte Band

---

in P. die Course steigen, so ist damit entweder eine s. g. Suspensiv- oder eine Resolutivbedingung gemeint. Im 1sten Fall ist noch gar kein Eigenthum übergegangen und B, der die Sache schon in seinen Besitz bekam, blos Depositar, Commodatar, oder Precarist ꝛc. je nach der Intention der Partheien, B hat sofort nur einen Anspruch auf spätere, wenn überhaupt je mögliche Unterlassungen. Im zweiten Fall wird B zwar sofort Eigenthümer und kann als solcher sofort vom Tradenten und allen Dritten die betreffenden Unterlassungen fordern, allein hier sind diese, wie die Suspensivbedingung in einer Specialisirung gleichsam des Anfangs bestand, rücksichtlich ihres Endes specialisirt. Uebrigens läßt sich auch ein obligatorisches Versprechen sub conditione resolutiva denken. A verspricht z. B. dem B eine fortlaufende Dienstleistung unter der Bedingung, daß nach 4 Wochen in B die Course steigen in dem Sinne, daß A jene Leistung zu machen sofort anfangen soll, daß aber wenn die Bedingung deficirt, die Leistung aufhören soll. Das wäre ein obligatorisches Versprechen sub cond. resol. und dies ließe sich auch denken, wenn es sich um eine einmalige Prästation handelte; freilich aber wird dies praktisch nicht oft vorkommen, denn B würde eilen, noch vor der Entscheidung der Bedingung die Forderung zu realisiren und somit die Pflicht mit sammt der Bedingung zum Erlöschen zu bringen. S. indeß über das ältere und neuere römische Recht Savigny's System III. S. 220 ff. Resolutivbedingungen werden also hauptsächlich nur bei Uebertragung von dinglichen Rechten vorkommen, welche der bedingte Inhaber zwar auch zur Erlöschung bringen kann, indem er sie nämlich veräußert, welche er aber eben nur bis zur Deficienz der Bedingung veräußern kann, denn er hat nur Befugnisse bis zu diesem Moment erhalten und kann nur veräußern und zur Erlöschung bringen, was er selbst hat.

Daß endlich an eine cond. in fut. rel. sich eine cond. in praesens und in praeter. rel. anschließen kann, liegt auf der Hand, wenn die Bedingung war: „falls nach 4 Wochen in Newyork der Cours steigen werde" — so ist dieselbe erst in fut. rel., nach 4 Wochen aber schließt sich noch eine cond. in praesens und hernach in praeteritum relata an.

zwischen mehreren Verpflichtungen ist nämlich nichts anderes als eine **conditio in praesens relata.** Bei der **emtio venditio** steht nicht eine Obligation einer andern unabhängig gegenüber, sondern der Käufer hat sich verpflichtet, das **pretium** zu leisten unter der Bedingung, daß der Verkäufer verpflichtet werde, die Waare zu leisten und der Verkäufer hat sich verpflichtet, die Waare zu leisten, unter der Bedingung, daß der Käufer verpflichtet werde, das **pretium** zu leisten. Wird einer von beiden z. B. der Verkäufer wegen der rechtlichen Unmöglichkeit, die Waare zu leisten, nicht obligirt, so gilt: **nil actum est.** Wenn der genannte Schriftsteller aber meint, daß hier noch etwas Räthselhaftes versteckt liege, was in **L. 7. §. 2. D. de pact.** und in **L. 19. D. de V. S.** als συνάλλαγμα bezeichnet werde, so ist nicht einzusehen, wie er zu dieser Meinung kommt; συνάλλαγμα heißt wenigstens, wie auch jene Fragmente selbst es deutlich zeigen, weiter nichts als „**contractus**, Vertrag“. Bei welchen Verpflichtungen übrigens eine solche stillschweigende **conditio in praesens relata** anzunehmen ist, wird sich darnach bestimmen, ob der Wille der Contrahenten bei Eingehung gewisser Verpflichtungen gewöhnlich ein bedingter ist. Das Gewöhnliche wird dann erst ein Anhalt für die Interpretation des Willens sein und hernach wird sich eine Präsumtion festsetzen.

Auch die „Voraussetzung“, von der seit Windscheids „Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850.“ mehrfach die Rede gewesen ist, ist nichts als eine stillschweigende Bedingung, nur allerdings oft eine **conditio in praesens vel in praeteritum relata.**

Wenn endlich **A** dem **B** ein Haus schenkt, mit der Auflage (**modus**), daß **B** ihn lebenslänglich alimentire, so ist der Eigenthums-Vertrag, wenn die Schenkung **dando** geschah, und die Obligation, wenn sie **promittendo** geschah, **pure** abgeschlossen, zugleich hat sich aber **B** dem **A** verpflichtet das Haus zurückzugeben, wenn er den **A** nicht lebenslänglich alimentiren sollte, die Nebenverpflichtung des **B** an den **A** ist also eine Verpflichtung **sub conditione potestativa:** wenn dieselbe eintritt, kann **A** das Haus zurückfordern, obwohl er nicht **eo ipso** wieder Eigenthümer wird, wie wenn die Schenkung **sub conditione resolutiva** geschehen wäre. Ob das Eine oder Andere eintritt, kommt lediglich darauf an, was von

den Contrahenten gewollt ist. Für die Interpretation ihrer Willenserklärungen aber giebt ihr Ausdruck natürlich den nächsten Anhalt.

§. 9.

Es sollen jetzt einige der Verpflichtungsarten des Civilrechts zergliedert werden und dabei wird sich wieder einmal zeigen, wie wichtig grade die Erörterung der Fundamentalsätze der Wissenschaft ist.

Das Wesen der solidarischen Obligation besteht darin, daß mehrere Personen jemandem zu der nämlichen Handlung verpflichtet sind, oder gegen jemanden auf dieselbe Handlung Anspruch haben, so lange keiner der mehreren Verpflichteten den Creditor befriedigt hat, resp. so lange noch keiner der mehreren Berechtigten Befriedigung erhalten hat, d. h. jeder der mehreren Verpflichteten unter der Bedingung, daß noch keiner der Mitverpflichteten den Creditor befriedigt hat, jeder der mehreren Berechtigten unter der Bedingung, daß noch keiner der Mitberechtigten befriedigt sei. Die Bedingung kann auch sein, daß andere, keinerlei Befriedigung involvirenden Veränderungen in den Rechtspflichten der Mitverpflichteten oder Mitberechtigten noch nicht eingetreten seien, und dies hat die Theorie zu einer Ausscheidung der „eigentlichen Correalobligationen" geführt, bei der man, unterstützt von einigen römischen Gesetzesstellen, nur eine einzige Obligation als vorhanden annahm, obgleich andere Stellen deren mehrere statuiren. In der That hat man es allemal mit einem Complex elementärer Rechtspflichten zu thun; bezeichnet man jede derselben als Obligation, so sind **l. 3. pr., l. 9. §. 2., l. 13. D. de duob. reis, l. 5. D. de fidei., l. 31. §. 1. D. de nov.**; nennt man, wie es auch in anderen Fällen oft geschieht, erst den ganzen Complex Obligation, so sind **l. 116. D. de V. O., pr. J. de duob. reis, l. 3. §. 1. D. de duob. reis, l. 34. §. 1. D. de solut, l. 16. pr. D. de acceptil.** anzurufen.[1]) Pflicht und Bedingung fließen übrigens auch hier aus dem menschlichen Willen oder unmittelbar aus einem Rechtssatz.

Die Bedingung darf nicht übersehen werden: im Fall der passiven Solidar-Obligation ist die schuldige Handlung durch die Hin-

---

1) Der letzte Fall ist dem ähnlich, wo man von einer Servitut spricht, obwohl das herrschende Grundstück mehrere Eigenthümer hat. —

zufügung des Umstandes, daß, wenn sie verlangt wird, noch keiner der übrigen Verpflichteten sie gethan haben soll, specialisirt; diese specialisirte Handlung wird unmöglich sobald einer der Verpflichteten leistet — und die Pflicht aller übrigen erlischt. [1])

Die Novation, welche heut zu Tage auch durch formlose Verträge geschehen kann, besteht darin, daß eine neue Rechtspflicht begründet wird unter der **conditio in praesens relata**, daß eine alte untergehe. Insbesondere besteht die **expromissio** darin, daß **A** sich dem **B** zu einer Handlung verpflichtet, zu welcher schon **C** dem **B** verpflichtet ist, unter der Bedingung, daß **B** auf seine Forderung an den **C** verzichte.

Das **pactum de non petendo** hat heut zu Tage bald die vollständigere Wirkung der **acceptilatio** bald nur die schwächere, die es bei Römern allein hatte. Welche von beiden Wirkungen eintritt, hängt allein vom Partheiwillen ab und muß durch die Interpretation der Willenserklärung gefunden werden.

Die Bürgschaft ist das complicirte Rechtsgeschäft, durch welches sich der **A** dem **C** zu einer Handlung unter der doppelten Bedingung verpflichtet, daß **B** seine Schuld an den **C** inzwischen nicht entrichtet habe und daß der Gläubiger **C** für den Fall, daß er von **A** die versprochene Leistung erhalten sollte (diese **conditio in futurum relata** ist gewissermaßen eine Unterbedingung) auf seine Forderung an den **B** verzichte. Dabei liegt es im Zwecke des Rechtsgeschäfts, daß **A** sich nicht zu mehr verpflichte, als **B** zu leisten schuldig ist; es wird dies also als in der Absicht der Contrahenten gelegen zu vermuthen sein und wird von den Gesetzen so vermuthet, zwingend sind die letzteren aber hierin nicht, sondern nur den Willen interpretirend.

Die Realcontracte haben ihre Bedeutung heut zu Tage, wo die formlose Willenserklärung in der Regel schon fähig ist, Rechtspflich-

---

1) Die Literatur seit Rippentrop: Savigny, das Obligationenrecht I. §. 16.—17. — Girtanner, die Bürgschaft (1850 und 1851); — Brinz, krit. Blätter Nr. 4. — Becker, die prozessualische Consumtion §. 17. (1853). — Rückert, in der Zeitschr. f. Civilr. Proc. v. N. F. XII. 1. — Kunze, die Obligatio ꝛc. §. 30.—57. (1856). — v. Helmolt, die Correalobligationen (1857).

ten zu begründen, vollständig verloren. Geschieht die Hingabe der Sache sofort, so kommt der Vertrag nicht allein durch sie, sondern auch schon durch die jedenfalls in ihr liegende, mit ihr verbundene Willenserklärung zu Stande. Und im Uebrigen kann auch ein vollgültiger Vertrag so abgeschlossen werden: der **B** verpflichtet sich dem **A** zum **dare** einer Sache unter der Bedingung, daß **A** vorher die Sache an **B** gegeben habe. Eine Verpflichtung des **A** zur Hingabe der Sache an den **B** unter der Bedingung, daß für **B** jene obige Verpflichtung wirklich entsteht, kann weiter hinzutreten; wo sie einmal nicht vorkäme, hätte **A** es in seinem Belieben die Bedingung, unter welcher **B** sich verpflichtete, eintreten zu lassen oder nicht. Die Hingabe ist also freilich bei dem Rechtsgeschäft dadurch immer noch ein wichtiges Moment, daß sie zur Bedingung der Verpflichtung des **B** gemacht wird.

Die Cession ist neuerdings oft als eine Singularsuccession bezeichnet, dagegen ist aber vieles einzuwenden. Es darf nie vergessen werden, daß eine Rechtspflicht, sobald auch nur eins ihrer Rechtssubjecte wechselt, wenn sie auch in allen übrigen Beziehungen dieselbe bleibt, in der That doch nicht mehr dieselbe ist, daß vielmehr die alte untergeht und eine neue an ihre Stelle tritt. Dies geschieht auch bei allen Successionen, selbst bei den Universal-Successionen und wäre nur bei einer andern Grundanschauung des Rechts anders denkbar. Daß dies nun auch bei der Cession geschieht, wird von Manchen behauptet, ist aber entschieden in Abrede zu nehmen. Es muß geleugnet werden, daß der Wille des alten und des neuen Gläubigers eine so exorbitante Macht über die Pflicht des Schuldners habe, daß er die alte Pflicht erlöschen und die neue entstehen lassen könne, ohne die Einwilligung des Schuldners. Alle Einreden gegen die Person des alten Gläubigers würden damit dem Schuldner ohne sein Wissen und Wollen genommen und diese exorbitante Macht ist auch durchaus kein Bedürfniß. Man braucht, um die Vortheile seines Rechts einem Andern zuzuwenden, nicht erst selbst das Recht gerichtlich oder außergerichtlich geltend zu machen und dann das Resultat jenem Andern zukommen zu lassen, sondern man kann sich diesem Andern verpflichten, ihm nicht blos die außergerichtliche und gerichtliche Geltendmachung des Rechts, sondern auch die Resultate dieser Geltendmachung zu überlassen, eine solche Ver-

pflichtung heißt Cession [1]) und dieselbe ist keineswegs als eine Uebertragung der **actio** aufzufassen, als eine Singular-Succession in die **actio**, die, wie schon gezeigt ist, von der **obligatio** so gar nicht zu trennen ist. Es nützt in der That nichts, eine Ausnahme von tieferen Rechtsgrundsätzen zu machen [2]) und hinterdrein durch neue Ausnahmen von der Ausnahme wieder die Regel in ihren praktischen Folgen herzustellen, wie es doch diejenigen thun, welche eine Singularsuccession behaupten, denn sie gestehen hinterher dem Cessionar doch wieder die Einreden gegen die Person des alten Gläubigers ausnahmsweis zu. [3])

---

1) „A cedirt eine Forderung gegen B an den C" heißt soviel, als A verpflichtet sich dem C, die Beitreibung der Forderung für sich selbst zu unterlassen und zu gestatten, daß C dieselbe für sich beschafft. In letzterem liegt dann einmal eine Vollmacht des A an C zur Beitreibung und die Bindung des A an diese Vollmacht, sowie ein Verzicht desselben darauf, die Herausgabe des Resultats von seinem Bevollmächtigten C zu verlangen. C tritt also dem B gegenüber immer Namens des A auf, allein das zwischen A und C bestehende Rechtsverhältniß ist nicht das wiederrufliche Mandatsverhältniß, sondern A ist rechtlich verpflichtet, sich durch C vertreten zu lassen und daher ist B, sobald er dies Verhältniß erfährt, auch obligirt, nur an den Vertreter zu zahlen, denn es wäre **dolus**, wenn er an A zahlen wollte, obwohl er wußte, daß dieser nicht die Zahlung in Empfang nehmen durfte. Ganz ähnlich wie ein Schuldner nicht eine mit Arrest belegte Forderung an den ursprünglichen Creditor zahlen darf, nur daß hier der Richter, dort der Privatwille das Hinderniß begründet. Bei einem bloßen Mandat könnte er noch immer an den Mandanten zahlen, da das Mandat wiederruflich und der Mandant nicht gebunden ist an die Vertretung gerade des ersten Mandatars. Aber ein einfaches Mandat liegt hier nicht vor, sondern C wird gleichsam nothwendiger Vertreter des A und die Stellung des C im Proceß ähnlich der anderer nothwendiger Vertreter; auch wird B hinsichtlich der Zahlung ähnlich gebunden, nur daß bei den eigentlichen nothwendigen Vertretern das Gesetz, bei der Cession der Wille der Contrahenten die sonst vermuthete Wiederruflichkeit des Mandats aufhebt.

2) Auch mag hier an das Wort Savigny's in seinem Obl. R. Th. II. §. 78 a. E. erinnert sein, daß es voraus gar nicht zu übersehen ist, wie weit ein irrig eingeschlagener Weg wie der hier vorliegende, führen kann.

3) Selbst einer der neuesten Verfechter der Singularsuccession in Obligationen, O. Bähr in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Gerber und Ihering Bd. I. macht auf Seite 447 in der Note 124 die Bemerkung: —„ so bekommt man eine ganz andere Anschauung von der tiefsinnigen Begründung des altrömischen Satzes: „Obligationen sind unübertragbar."

Beim Mandatsvertrag verpflichtet sich **A** dem **B** für ihn, als sein Vertreter, wenn auch nicht immer ausdrücklich in seinem Namen gewisse Handlungen, so wie er selbst sie für sich vornehmen würde, vorzunehmen und die Resultate dem **B** zuzuwenden unter der **conditio in praesens relata**, daß **B** sich dem **A** verpflichtet, ihm die Resultate abzunehmen und alle Auslagen zu ersetzen. **A** hat die **act. mand. contraria** zur Erzwingung der Pflichten des **B**, **B** die **act. mand. directa** zur Erzwingung der Pflichten des **A**. An diese, wie an jede Rechtspflicht knüpft dann das Recht zugleich die Nebenpflicht jedes der beiden Contrahenten an, den durch seine dolose oder culpose Nichterfüllung oder ungenügende Pflichterfüllung erwachsenen Schaden möglichst wieder aufzuheben; [1]) wenigstens wird diese Nebenpflicht präsumirt, wo der ausdrückliche Wille sie nicht ausschließt. Meist ist ferner beim Mandat der Wille der Contrahenten der, daß **A** persönlich die Handlungen und nur für den **B** selbst, nicht für dessen Erben vornehme. Daher wird auch das vom Rechte präsumirt, daß **A** keine Substitutionsbefugniß hat und daß das Mandat mit dem Tode eines Contrahenten erlöschen soll. Da endlich jeder einseitig auf seine Rechte verzichten kann, so kann auch **B** in jedem Moment auf die Fortsetzung der Handlungen des **A** für ihn verzichten und da die Bindung des **A** namentlich bei fortlaufenden Handlungen oft sehr drückend werden kann, es auch nicht im Interesse des **B** liegen kann, einen widerwilligen überdrüssigen Vertreter zu haben, der vielleicht jedesmal auf dem Rechtsweg zur

---

1) Ich fasse das absichtlich so weit, da der Schadensersatz nur eine Folge hievon ist. Bei den Römern war es eins, da sie nur Executionen auf Präſtation von Geldsummen kannten, bei uns aber giebt es auch Executionen auf Andere Handlungen und daher darf der Berechtigte, vom Rechtsverletzer, wenn er es will und davon die Rede sein kann, zunächst die möglichste Wiederaufhebung und Rückgängigmachung der Verletzung verlangen. Wenn der Vermiether A dem Miether B unrechtmäßig eine Sache retinirt hat, so kann B nun verlangen, daß A ihm die Sache an seinen nunmehrigen Aufenthaltsort hinschaffe, B braucht sie sich nicht mehr abzuholen und ist nicht darauf beschränkt, den Ersatz der Auslagen zu verlangen. Ebenso, wenn B von seinem Schuldner A aus irgend einem Grunde sich sein Geld abholen muß, er um dies zu thun zum A geht, A aber die Zahlung unrechtmäßig verweigert, so ist A nun verpflichtet, das Geld dem B hinzubringen und B ist nicht darauf beschränkt, etwaige Auslagen als Schaden ersetzt zu verlangen.

Pflichterfüllung angehalten werden müßte, oder doch die Sache nur lässig betreibt, so präsumirt das Recht auch die einseitige Befugniß des Mandatars **A**, die Vollmacht aufzurufen, als im Willen der Contrahenten gelegen.

Nun wird es überall häufig vorkommen, daß **A** als Vertreter des **B** handelt, ohne voraufgehenden Vertrag und an dies Factum hat das Recht im Ganzen dieselben gegenseitigen Rechtspflichten geknüpft, die beim Mandat zwischen dem **A** und **B** begründet werden. **A** hat die **act. neg. gest. contr.** und **B** die **act. neg. gest. directa**, den Mandatsklagen ganz analog. Allein es wäre unerträglich, wenn wir aus allen ohne Auftrag für uns (**animo negotiorum nostrorum gerendorum**) vorgenommenen Handlungen verpflichtet würden, es ist daher Bedingung, daß die Geschäftsführung **utiliter coepta et gesta** d. h. auch in unserm wahren Interesse unternommen und ausgerichtet wurde. Andererseits kann es sich ereignen, daß **A** eine Handlung weder ausdrücklich noch stillschweigends für den **B** vornahm, durch die er sich irgend einer Pflichtverletzung, wenigstens einer Besitzesstörung gegen **B** schuldig machte, die aber **A** gerne anerkennt, weil sie ganz in seinem Interesse liegt. Hier wird die Absicht des **A** für den **B** zu handeln fingirt und **B** hat die **act. neg. gest. directa** trotz des eigentlich fehlenden **animus negotia alterius gerendi**. Es ist über diese Einengung der **act. contraria** und diese Erweiterung der **act. directa**, namentlich über die letzte unsäglich viel Streit geführt. Bald sollte das Princip der **directa** darin liegen, daß **B** ein Recht an der Sache oder auf die Sache habe, an welcher **A** sich bethätigte, bald darin, daß **B** eine rechtliches Interesse an der Handlung des **A** habe, bald darin, daß **B** das **periculum** trage, immer aber fanden sich Fälle, die sich unter dies „Princip der **act. directa**" nicht unterbringen lassen wollten und in denen doch der Prätor mit richtigem Takt die Klage zugestanden hatte. Da man sich daran stieß, daß eine **non animo negotia alterius gerendi** vorgenommene Handlung doch ein **negotium alienum** sein sollte, so sollte das Räthsel durch den Begriff des **negotium alterius** gelöst werden, welches doch schlechterdings entweder nur das von dem Andern, oder das für den Anderen, hier also offenbar nur das für den Anderen vorgenommene Geschäft, das in seinem

Namen, in seiner Vertretung vorgenommene Geschäft heißen kann. Die beliebteste Uebersetzung wurde: „die zum fremden Geschäftskreis gehörende Handlung.“ Natürlich kam man damit nicht weit und bemerkenswerth ist dabei wieder nur, wie sich die richtige Uebersetzung, der einfach natürliche Begriff des **negotium alienum** fast bei allen der vielen Schriftsteller über **negotiorum gestio** hin und wieder findet, aber so viel ich weiß, noch von keinem einzigen consequent festgehalten ist.

§. 10.

Außer demjenigen, was bereits als allen Civilrechtspflichten gemeinsam bezeichnet ist, findet man in dem allgemeinen Theil des Civilrechts noch manches Andere erörtert. Da ist z. B. ausführlich die Rede von den Bedingungen in dem Rechtssubject, nicht als ob hier nun neue Bedingungen hinzuträten zu den für all und jede Pflichten geltenden Bedingungen, sondern nur, weil das Bedürfniß diese Bedingungen hier besonders ausgebildet hat, weil es grade hier darauf ankommt, dieselben genau zu bestimmen und festzustellen und weil manche dieser allgemeiner gültigen Bedingungen in ihrer Ausbildung und Feststellung hier eine besondere Structur erhalten hat im Gegensatz zu anderen Pflichten. So bedarf es in der Moral z. B. nicht der festen Bestimmung von Altersgränzen; der Nachtheil, der diejenigen trifft, welche ihr zuwider handeln, ist eben von der Art, daß eine scrupulöse Untersuchung dabei nicht stattfindet; die ganze Lehre bleibt hier unlebendig. So wird im Strafrecht, wenn einmal eine Pflichtverletzung durch Nachlässigkeit vorliegt, je nach der Größe der letzteren die Strafe in den verschiedensten Abstufungen abgemessen, so daß es keine bestimmten Grade der **culpa** giebt, während im Civilrecht an die Pflichtverletzung durch Vernachlässigung bald der **diligentia boni patrisfamilias** bald nur einer gewöhnlichen Diligenz die neue Zwangspflicht sich ohne Nüance anschließt. So werden die Trübungen des Bewußtseins als Beschränkungen des freien Willens im Strafrecht näher erörtert, weil nach gemeiner Meinung jede Verschiedenheit im Grad derselben, eine Verschiedenheit in der Strafe nach sich zieht, während im Civilrecht es sich meist nur darum handelt, ob die Pflicht verletzt resp. begründet ist oder nicht. Die **culpa** und die Zurechnungsfähigkeit bekommen also auf beiden Rechtsgebieten ein ganz verschiedenes Aussehen.

*

Es ist diese Erkenntniß der des Morphologen analog, der verschiedene Theile desselben oder mehrerer zu verschiedenen Arten gehöriger Thierorganismen vergleicht und bei aller anatomischen und physiologischen Verschiedenheit doch eine typische Uebereinstimmung zwischen denselben wahrnimmt.

Dazu kommt, daß für einen großen Theil der Civilrechtspflichten, für alle vermögensrechtlichen nämlich, gewisse Vorbedingungen in den Sachen gemeinsam sind und ein Motiv des Rechtspflichten begründenden Willens, der **animus donandi**, hier rechtliche Bedeutung gewinnt, daß man aber die vermögensrechtliche Eigenschaft nicht so ohne Weiteres zum nächsten Eintheilungsgrund des Civilrechts gemacht hat, weil man dadurch mehrere natürliche Gruppen von Civilrechtspflichten z. B. das Familienrecht und Vormundschaftsrecht, welche zum Theil Vermögensrecht sind, zum Theil nicht, zerreißen würde. Es blieb also nichts übrig als auch die Lehre von den Sachen und von der Schenkung in dem allgemeinen Theil des ganzen Civilrechts abzuhandeln, der aus diesen verschiedenen Gründen besonders anwachsen mußte.

§. 11.

Wir nannten eben die Abtheilungen des Civilrechts natürliche Gruppen; es ist zu zeigen, daß dies mit Grund geschah. „Es giebt keine Eigenschaft der Gegenstände, welche wir nicht einer Classification zu Grunde legen könnten, es sollten aber, wo es sich um wissenschaftliche Zwecke handelt, nur diejenigen Eigenschaften gewählt werden, welche Ursache von vielen andern Eigenschaften, oder welche sichere Merkmale derselben sind. Nur eine so gebildete Classification kann eine natürliche, wissenschaftliche, im Gegensatz zu einer künstlichen, technischen genannt werden". [1]) Nun dienen alle Rechtspflichten, wie sie ein Ausfluß der Naturordnung sind, zur Ordnung des gesellschaftlichen Beisammenlebens der Menschen, diese Ordnung besteht aber zunächst und namentlich in der Ordnung des Verhältnisses des Menschen zu den durch den Geschlechtstrieb mit ihm in näheren Verkehr tretenden Menschen, [2]) und ferner in der Ordnung des

---

1) J. St. Mill, ind. Logik S. 523.

2) Gerade eine Regel- und Gestaltlosigkeit des geschlechtlichen Lebens zieht für die Gesellschaft die unerträglichsten Folgen nach sich.

Verhältnisses der Menschen zu den Dingen der Außenwelt, den Sachen im juristischen Sinne, da diese den Menschen nothwendig, nützlich oder angenehm und doch nicht alle in beliebiger Menge ohne Opfer und Arbeit zu erhalten sind. Familienrecht und Vermögensrecht sind daher auch die Hauptabtheilungen.

Das letztere theilt sich wieder: 1. in ein Rechtsgebiet, auf welchem allen dritten Personen zugleich dieselbe reine Unterlassungspflicht obliegt; dahin gehören die dinglichen Rechte (auf Unterlassung von Einwirkungen auf Sachen), bei denen Recht und Pflicht nicht an den Besitz, wenn auch mitunter allerdings an ein anderes Recht [1]) geknüpft ist, und ferner die Besitzesrechte, bei denen alle dritte Personen dem Besitzer einer Sache als solchem zu derselben Unterlassung verpflichtet sind — 2. in ein Rechtsgebiet, auf welchem ohne Unterschied zwischen Unterlassungs- und Leistungspflichten nur einzelne oder wenigstens eine begränzte Zahl von Personen die Verpflichteten sind; dahin gehören die Obligationen, sowohl die, bei welchen Recht oder Pflicht nicht an ein anderes Recht oder an den Besitz einer Sache geknüpft ist, als diejenigen bei denen dies der Fall ist, z. B. die Obligationen, die in Folge eines Nießbrauchs und anderer dinglicher Rechte zwischen dem Inhaber derselben und dem Eigenthümer der Sache als bloße Folgen des Eigenthums und der **jura in re** entstehen und übergehen (s. Savigny Obl. R. Th. II. §. 61. S. 89.); ferner die Reallasten und die Rechte aus den Hypothekenscheinen. Bei letzteren drängt die an das Eigenthum eines Grundstücks geknüpfte Obligation die ursprüngliche reine Obligation ganz zurück, mit der an das Eigenthum geknüpften aber verbindet sich noch ein Pfandrecht und dies ist natürlich dinglicher Natur. Ferner gehört hierher das Recht des Inhabers eines Papiers **au porteur**, welches an den juristischen Besitz der Urkunde geknüpft ist. Ueber die rechtlicht Natur der Papiere **au porteur** sind die Meinungen außerordentlich getheilt. Ich übergehe die Ansichten Renaud's in der Zeitschrift für deutsches Recht. 1853. Bd, XV. S. 315 ff., Ihering's in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen

---

1) z. B. bei Praedialservituten an das Eigenthum des **praedium dominans** und **serviens**.

römischen und deutschen Privatrechts Bd. I. Seite 49 Note 20., Unger's in seiner Schrift über die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leipzig. 1857., und aller übrigen Autoren, die über diesen Gegenstand eine ausführlichere Meinung geäußert haben und unterwerfe nur die Ansicht Thöl's in seinem Handelsrecht 3. Aufl. §. 54. b. und c. einer kurzen Beleuchtung. Thöl kommt unserer Ansicht nahe, indem er dafür hält, daß der Besitz des Papiers die Vermuthung der Legitimation begründet, ja auf Seite 226 sagt er sogar, daß der Besitz legitimire, „d. h. berechtige." Das ist genau unsere Meinung und nur das wäre allenfalls noch zu mäkeln, daß schlechthin „Besitz" und nicht vielmehr „juristischer Besitz" gesagt ist. Allein auf S. 231 heißt es dann wieder: „Die Forderung soll zwar lediglich durch den Besitz für den Besitzer bewiesen, aber nicht lediglich mittelst des Besitzes erworben werden." Und das scheint Thöl's eigentliche Meinung, jene andere Aeußerung ihm nur entschlüpft zu sein. Unsere Meinung ist aber grade die, daß durch den Besitz und zwar den juristischen Besitz des Papiers das Recht erworben, daß der juristische Besitzer berechtigt werde. Es gelten dabei ganz die Regeln des juristischen Besitzes. Der natürliche Besitzer eines Papiers **au porteur**, also z. B. der Depositar ist noch nicht Gläubiger; er wird es erst durch Erwerb des juristischen Besitzes, also durch **contrectatio**, wenn er einen unredlichen Besitz erwirbt. Wer ein fremdes Theaterbillet, welches er bei sich als Depositar in der Tasche hat, dem Logenschließer hingiebt, wird in diesem Momente aus einem natürlichen zum juristischen Besitzer und erwirbt die Forderung, eingelassen zu werden. Denn jenes Hingeben erhält unzweideutig den Akt der erforderlichen Contrectation. Daß der Logenschließer, welcher sah, wie das Billet einem Andern dieblich aus der Tasche gezogen war, nicht verpflichtet ist, den Dieb einzulassen, ja daß er dies nicht einmal darf, daß er also vielmehr sogar verpflichtet ist, dies nicht zu thun, ist sehr richtig, widerspricht aber auch nicht im Geringsten unserer obigen Auffassung. Der Fälle, in denen der Schuldner, seinem Gläubiger nicht leisten darf, giebt es mehrere, man denke nur z. B. an eine mit Arrest belegte Forderung. Der Schuldner, der dennoch an den Gläubiger leistet, kann nicht blos civilrechtlich für den Schadensersatz verbindlich werden, sondern kann möglicher Weise

sogar wegen Verletzung einer Strafrechtspflicht zur Verantwortung gezogen werden und so möchte auch der Cassier, der ein Inhaberpapier, von welchem er wußte, daß es gestohlen war, vom Dieb einlöste, unter Umständen wohl wegen Begünstigung des Diebstahls gestraft werden. Man nannte diese Papiere auch nur darum Papiere auf den „Inhaber" und nicht auf „den juristischen Besitzer", weil sie zuerst unter Kaufleuten in Gebrauch kamen, denen der technische Begriff und Name des Besitzes und seine Anwendung auf ein an sich werthloses Stück Papier nicht geläufig war und denen überdies an einem kurzen Namen gelegen war. Anstatt durch Umgränzung des vulgären Begriffs „Inhaber," der den juristischen, natürlichen und sogar blos momentanen, juristisch völlig irrelevanten Besitz umfaßt, in dieser seiner Anwendung auf den juristischen Besitzer einer besonders qualificirten Urkunde (in welcher nämlich jemand eine Summe dem Inhaber verspricht) zu kommen, suchte man vergeblich die Lösung des Widerspruchs, daß der Inhaber der Berechtigte hieß und es doch nicht immer war, in der „juristischen Natur" der Rechtspflicht, oder wie man sich ausdrückte, „des Inhaberpapiers."

Der Nachweis der **causa** gehört auch hier nicht zum Klaggrund, sondern die Abwesenheit einer Nullität aus der **causa** wird zunächst präsumirt und die Behauptung einer solchen qualificirt sich als Einrede. Da indeß nicht jeder Papiere **au porteur** creiren kann (ein solches Gewohnheitsrecht ist nicht nachzuweisen) vielmehr es hierzu einer staatlichen Genehmigung bedarf, so werden eben aus der **causa**, aus den Motiven der Verpflichtung nicht leicht Nullitäten herzuleiten sein.

Ein sehr bedeutendes dingliches Recht, eine sehr umfassende Unterlassungspflicht für alle Dritte einem einzigen oder einigen wenigen (**condominium**) gegenüber, die Pflicht eine große Reihe von Einwirkungen auf eine Sache zu unterlassen, findet sich überall in der Welt. Welche Einwirkungen zu unterlassen sind, bestimmt die allgemeine Meinung nach Verschiedenheit des Orts und der Zeit verschieden; bald ist diese oder jene Einwirkung mit verpönt, bald nicht, die größere Zahl derselben erscheint aber überall verboten. Selbst der Communismus, wo er praktisch versucht ist, wie z. B. von einzelnen kleinen Gemeinden in Amerika, kann um ein eigenthumsähnliches Institut nicht hinwegkommen, er verlangt nur, daß jene um-

fassende Unterlassungspflicht der Behörde gegenüber begründet ist, daß das Eigenthum also zu einem staatsrechtlichen Institut wird.

Die andern dinglichen Rechte unterscheiden sich von dem Eigenthum und von einander dadurch, daß alle Nichtberechtigten dem Berechtigten verpflichtet sind, andere Einwirkungen oder vielmehr einzelne von jenen dem Nichteigenthümer verpönten zu unterlassen.

Dabei aber bleiben die das geringere dingliche Recht ausmachenden Unterlassungspflichten oft auch dem Eigenthümer gegenüber bestehen, (z. B. bei Wegservituten) wenngleich der Eigenthümer oft mehr zurücktritt (z. B. beim Nießbrauch) und es ist daher die Vorstellung, als seien die anderen dinglichen Rechte aus dem Eigenthum ausgeschiedene, losgetrennte Bestandtheile, schon aus diesem Grunde als eine irrige zu bezeichnen, ganz abgesehen davon, daß, wie wir schon sahen, in Wirklichkeit eine alte Pflicht untergeht und eine neue entsteht, wenn scheinbar blos eins der Subjecte einer Rechtspflicht wechselt.

Zu den dinglichen Rechten [1]) gehört außer den Servituten größtentheils auch das Pfandrecht. Wenn sich nämlich der **A** dem **B** verpflichtet, falls derselbe wegen einer Forderung nicht zu einer gewissen Zeit befriedigt sei, zu dulden, daß er sich durch Ausübung eines Vermögensrechtes des **A** befriedige (eine Verpflichtung mit einer Bedingung) so kann freilich, wenn jenes Vermögensrecht eine Obligation ist, von einer Pflicht sämmtlicher dritter Personen, Einwirkungen auf eine Sache zu unterlassen und somit von einem dinglichen Recht nicht die Rede sein; es liegt dann vielmehr eine bedingte und unter Umständen nur theilweise Cession vor. [2]) Wenn aber das verpfändete Vermögensrecht ein dingliches ist, so schließt das Recht, wenn die Paciscenten nicht ausdrücklich anders bestimmen, an

1) Zwischen Eigenthum und Nießbrauch liegt noch z. B. das Recht des Mannes an der Dos der Frau während der Ehe und das Recht des Familienfideicommißinhabers. Im Uebrigen wird viel zu dinglichen Rechten gestempelt, wo der wahre Begriff derselben gar nicht vorhanden ist.

2) O. Bähr in den Gerber-Iheringschen Jahrbüchern I. pag. 397 not. 49. „der Pfandvertrag bildet nicht die caussa oder den Titel der Cession, sondern bezeichnet den materiellen Inhalt der Cession selbst, diesen Begriff im erweiterten Sinne genommen." S. übrigens auch Puchta, Pand. 6. Auflage §. 208. Note 6.

diesen Vertrag die Pflicht für alle dritte Personen dem Creditor **B** gegenüber an, die eventuelle Befriedigung desselben durch Annahme oder Verkauf der Sache nicht zu hindern, und es ist dies sehr natürlich, denn ohne die Dinglichkeit wäre die Sicherheit des Creditors, deretwegen doch das ganze Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, nur schwach, und mußte daher dieselbe als von den Paciscenten gewollt vermuthet werden. Das so entstandene dingliche Recht umfaßt demnach blos die Verpfändungen dinglicher Rechte, die Verpfändung anderer Rechte ist immer Cession.[1])

Zu erwähnen ist, daß mit den andern dinglichen Rechten sehr oft noch Obligationen zwischen dem Eigenthümer und dem sonst dinglich Berechtigten verbunden sind, z. B. die Cautions- und Restitutionspflicht des Usufructuars dem Eigenthümer gegenüber, und daß nach allgemeiner Rechtsüberzeugung jene andern dinglich Berechtigten gewöhnlich nicht abermals dingliche Rechte constituiren, sondern nur die Ausübung ihrer Rechtsbefugnisse an Stellvertreter übertragen können.

Ueber den Besitzesrechten ruht noch immer viel Dunkel. Man ist zwar so ziemlich darüber einverstanden, daß im Begriff des Besitzes vor allem die Möglichkeit auf eine Sache einzuwirken liegt, allein diese Definition bedarf noch der Beschränkung. Man kann eine Sache momentan in der Hand halten und wird doch nicht für den Besitzer gehalten; nur wer auch den Willen hat, die Sache in seiner Gewalt zu haben, d. h. wer die Möglichkeit auf die Sache einzuwirken auch haben will, ist nach allgemeiner Anschauung der Besitzer. Daß man wirklich einwirkt, ist nicht wesentlich. Der Begriff ist aber auch damit noch nicht vollständig. Man hat vielfach die Möglichkeit auf fremde und auf herrenlose Sachen einzuwirken, man könnte dazu auch den bewußten Willensentschluß fassen, wirklich diese Möglichkeit zu haben und sich zu erhalten und noch einmal zu benutzen, man wäre damit noch nicht Besitzer, man wird dies erst, wenn man sich an der fremden Sache vergriffen (**contrectatio**) resp. wenn man

---

1) Ebenso ist auch der usus fructus an Forderungen kein wahres dingliches Recht. Die Begründung desselben ist Cession einer Reihe von einfachen aus dem die Obligation bildenden Rechtspflichtencomplex ausbeschiedenen meist betagten Rechtsbefugnissen.

die herrenlose occupirt hat, also erst nachdem sich der Besitzeswille auf diese Weise manifestirt und durchgesetzt hat. Besitz ist demnach der Zustand, in welchem jemand die Möglichkeit hat (**corpus**) und haben will (**animus**), auf eine Sache einzuwirken, und welchem eine Manifestation dieſs Willens, wenn sie einseitig geschieht, durch Occupation oder Contrectation, sonst auch möglicherweise durch bloße Willenserklärung bereits voraufgegangen ist. Es besitzt also auch derjenige, welcher ein dingliches Recht als Stellvertreter des Berechtigten ganz oder wenigstens in der Hauptsache ausübt, denn auch er hat jenes **corpus** und jenen **animus** und den letzteren bereits ungehindert manifestirt.

Doch ist zuzugeben, daß diese zu wissenschaftlichen Zwecken aufgestellte Definition über den Begriff des Besitzes, wie er im gewöhnlichen Gebrauch ist, hinausgeht, wie das denn meist der Fall ist, wenn ein Ausdruck des täglichen Lebens zugleich als technischer Ausdruck benutzt wird. Der rohe Eindruck der Aehnlichkeit nämlich, welcher immer den großen Haufen bestimmt, mehreren Dingen denselben Namen beizulegen, [1]) schwächt sich immermehr ab, je weniger Einwirkungen auf die Sache durch das dingliche Recht verpönt sind und daher kommt es, daß im gewöhnlichen Leben der Ausdruck Besitz nur bei den umfangreichsten Gruppen von Einwirkungen auf eine Sache gebraucht wird: im Falle des vom Eigenthümer selbst oder in der Hauptsache durch Stellvertreter ausgeübten Eigenthums und, wenigstens nach römischer Anschauung, wie man annehmen darf, in den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes. Mit andern Worten: der gewöhnliche Sprachgebrauch schließt die s. g. **juris quasi possessio** von dem Begriff des Besitzes aus und nur die Rechtswissenschaft kennt dieselbe. Wie durch verschiedene Combination der möglichen Einwirkungen auf eine Sache verschiedene dingliche Rechte entstanden, so entstehen eben dadurch auch verschiedene Besitzarten und zwar finden sich hier wie dort nur untrennbare Complexe von Einwirkungen und beidemal dieselben, so daß dem dinglichen Recht immer ein Quasibesitz entspricht und es außerdem einen solchen nicht giebt.

Denken wir uns nun den Besitz einmal ohne allen Schutz, denken wir uns, daß der bloße Besitzer wenigstens nicht anders ge-

---

1) S. J. St. Mill, induct. Logik. S. 460.

schützt sei als durch die Befugniß, **vim vi repellere**, Eigenmacht mit Eigenmacht zurückzuschlagen. 1. Der Eigenthümer dürfte allerdings auch dann während der Pachtzeit seinen Pächter nicht vertreiben, denn ihn bände der Pachtvertrag und thäte er's dennoch, so erlangte der Pächter Restitution und Schadensersatz. Gleichwohl geriethe derselbe in Nachtheil, wenn ihm der Beweis zufiele und der Beweis eine Last wäre. 2. Ebenso dürfte allerdings niemand den Eigenthümer oder dessen Pächter aus dem Besitz setzen und thäte er's dennoch, so erlangte der Eigenthümer klagend den Besitz wieder und gäbe ihn beziehungsweise seinem Pächter zurück. Allein der Eigenthümer, den gleichfalls die Beweislast träfe, geriethe durch die Eigenmacht in noch größeren Nachtheil, als der Pächter im ersten Fall, wenn der Eigenthumsbeweis schwieriger als der eines obligatorischen Rechts und unter Umständen überall nicht zu erbringen wäre. Die Sache würde im letzten Fall schier vogelfrei und der Eine könnte sie dem Andern immer wieder entziehen. Wo also jene prozessualischen Nachtheile des Klägers vorhanden sind, muß jedermann wenigstens den Eigenthumsbesitzer als solchen schon in Ruhe lassen und thut er's nicht, so muß er den eigenmächtig an sich gerissenen Besitz erst restituiren; dann mag er klagend die Sache in Anspruch nehmen. Aber mit steigender Civilisation muß auch der Nachtheil der Beweislast, in welchen der Pächter im 1. Fall durch die Dejection geräth, bedeutender erscheinen als der Vortheil des Eigenthümers, daß er nach Ablauf der Pachtzeit sich eigenmächtig den Besitz wiederverschaffen darf und die Eigenmacht wird dann auch dem Eigenthümer seinem Pächter gegenüber verboten und die bloße Besitzentsetzung genügend sein, vorläufig den Pächter wieder zu restituiren und den Eigenthümer allemal Kläger sein zu lassen. Ja die Eigenmacht könnte so verpönt sein, daß jedermann auch dem Besitzer, der nur zur Ausübung eines obligatorischen Rechts (Pacht, Leihe, Auftrag 2c.) besitzen will, als solchem verpflichtet wäre, ihn in Ruh zu lassen.

So kam es im römischen Recht. Hier hatte die zuerst auftretende Parthei, der **actor**, regelmäßig zu beweisen, hier war der Beweis eine Last und hier war der Eigenthumsbeweis sehr schwierig, oft gar nicht zu erbringen. Die Römer waren daher von vornherein genöthigt, Eigenthum und Besitz, **petitorium** und **possessorium**

scharf auseinander zu halten. Während gegen bloße Besitzstörungen, gegen Eingriffe, welche nicht auf Entziehung des Besitzes gerichtet waren, ursprünglich nur die Selbsthülfe, Schutz gewährt zu haben scheint, waren gegen eigenmächtige Besitzentziehungen Interdikte versprochen. Wenn **A** den Besitz einer Immobilie, den er in beabsichtigter Ausübung des Eigenthums gehabt hatte, **vi, clam** oder **precario** an **B** verloren hatte, so konnte er binnen Jahresfrist einen Restitutionsbefehl des Prätor wider **B** imploriren und dieser konnte anfänglich nur, wenn er seinerseits den **A** nicht **vi armato** dejicirt hatte, später überall nicht mehr einwenden, er habe zuvor **vi, clam** oder **precario** den Besitz an **A** verloren. Und wenn **A** die Entziehung des Besitzes einer Immobilie oder Mobilie von Seiten des **B** mit Grund befürchtete, also dieser darauf deutende Handlungen vorgenommen hatte, so konnte **A** innerhalb Jahresfrist ein Verbot jechlicher Eigenmacht wider **B** imploriren. Hier konnte dieser aber einwenden, **A** habe **intra annum vi, clam** oder **precario** den Besitz von ihm erlangt. Erhärtete **B** diese Behauptung oder die, daß er selber, nicht **A** besitze, event. nach Anordnung eines Verfahrens vor „**judices recuperatoresve**“, so hätte, sollte man denken, **A** abgewiesen werden müssen; allein sehr angemessen heißt es hier: **par utriusque litigatoris conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet, quippe Praetor pari sermone cum utroque loquitur Gaj. IV. §. 157.** Der Prätor verbot dann dem **A** die Eigenmacht.

Derjenige, welcher dem Verbot des Prätor zuwiderhandelte, mußte allerdings auch den dadurch entstandenen Schaden ersetzen, allein nur den nach dem Erlaß entstandenen. Erst als die Interdikte nicht mehr für den einzelnen Fall reddirt wurden, sondern als sie als ein für allemal reddirt betrachtet wurden, m. a. W. als das Verbot des Prätors zum Verbot des Gesetzes geworden war, konnte die nunmehr schon früher beginnende Schadensersatzpflicht bei den **interd. ret. poss.** mehr hervortreten und veranlassen, daß auch Besitzstörungen die nicht auf Entziehung des Besitzes gerichtet waren, mehr urgirt wurden und daß der Charakter der Duplicität der Interdikte mehr schwand.

Diese Interdikte ließen der Eigenmacht aber noch vielfach Raum.

Wer den juristischen Besitz einer Mobilie verloren hatte, erhielt zwar gegen die Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises einige Hülfe durch die **Publiciana**, aber selbst wenn er eigenmächtig entsetzt war, mußte er doch immer die Beweislast tragen. Ebenso litt derjenige, welches in Ausübung eines obligatorischen Rechts besaß, der **naturalis possessor**, durch die Eigenmacht seines **auctor**. Erst Valentinian beseitigte durch **l. 7. C. unde vi** die Eigenmacht vollständig, in dem er auch dem **possessor alieno nomine** als solchem eine Klage auf Restitution des gewaltsam entzogenen Besitzes gab, ja sogar mit Verlust des Eigenthums resp. Zahlung des Werths der Sache drohte.

Anders im germanischen Rechte. Hier kannte man den Satz nicht: **actori incumbit probatio**; hier war der Beweis keine Last, sondern eine Gunst, und hier war der Eigenthumsbeweis nicht schwieriger als der einer obligatorischen Rechtspflicht. Man stritt um das Haben und das Behalten einer Sache; das Recht hierauf hieß Gewehr; in demselben gingen die dinglichen und Besitzesrechte auf. Es war gar keine Veranlassung, Eigenthum und Besitz, Petitorium und Possessorium zu trennen und je nach Verschiedenheit des Klaggrundes eine verschiedene Klage zu statuiren. Wer die besseren Gründe behauptete, war's Kläger war's Beklagter, war näher zum Schwur und konnte sich so mit der einen dinglichen Klage zu der Sache ziehen. Daher konnte der bloße redliche Besitzer mit dieser Klage nicht nur die **vi, clam, precario**, sondern auch die sonst unfreiwillig verlorene Sache wiedererlangen, während im röm. Recht dazu schon die **vindicatio** oder **Publiciana** erforderlich war; und ebenso konnte er mit der einen Klage den **vi, clam** oder **precario** an **B** verlorenen Besitz nicht blos von **B** sondern von jedem Dritten wiedererlangen, während im röm. Recht auch hierzu schon die **Publiciana** erforderlich war (**l. 3. §. 10. D. uti poss.**) und erst nach kanon. Recht wenigstens der Dritte, der **scienter rem, talem** empfangen hatte, sie dem bloßen Besitzer als solchem wieder herausgeben mußte. **C. 18. X. de rest. spol.** Es mag dahin gestellt bleiben, wie viel diese Differenzen Theil daran haben, daß man die nach dem logisch consequenten alten röm. Recht ganz exor-

1) S. Dr. B. Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857.

bitante und überhaupt maßlos ausgedehnte Spolienklage auch gegen jeden dritten Besitzer jeder ohne rechtlichen Grund, also auch der ohne Eigenmacht verlorenen Sache gab.

Wie mit dem Eigenthumsbesitz verhält es sich nun aber auch mit dem s. g. abgeleiteten Besitz; ähnlich mit den Quasibesitzarten. Auch diese mußten im röm. Recht aus den nämlichen Gründen gegen Eigenmacht geschützt werden; auch an diese Besitzesarten mußten sich Unterlassungspflichten aller dritter Personen anknüpfen; das Factum des Besitzes in Ausübung dinglichen Rechts mußte auch hier das Recht zu besitzen verleihen. Der Prätor verhieß den Quasibesitzern, sofern sie nur nicht in Stellvertretung oder überhaupt zufolge obligatorischen Rechts besaßen, theils die oben erwähnten possessorischen Interdikte selbst oder deren analoge Anwendung, theils besondere mehr oder weniger ähnliche Interdikte.

Verkehrt aber ist der Versuch, den Begriff des Besitzes und Besitzesrechts noch über das Gebiet der dinglichen Rechte hinaus auszudehnen, namentlich auf die Ausübung von Reallastberechtigungen. Selbst wo diese in der Weise begünstigt ist, daß ihr Nachweis genügt, den Widerspenstigen von Gerichtswegen zwingen zu lassen und ihm die Beweislast zuzuwälzen, sollte man sich nicht des Ausdrucks „Besitz" bedienen. Die sich an die Rechtsausübung knüpfende Pflicht ist hier nicht die Pflicht aller dritter Personen, Einwirkungen auf eine Sache zu unterlassen — sondern die Pflicht jedenfalls nur einer begrenzten, wenn auch nicht ganz bestimmten Zahl von Personen zu einer positiven Leistung. Alles den Besitz und den Besitzesrechten Characteristische ist hier also nicht vorhanden und der Begriff des Besitzes, wollte man ihn hier zur Anwendung bringen, verlöre Rand und Band.

Das Obligationenrecht gliedert sich im Großen Ganzen, wie bekannt, in drei Theile, je nachdem die Rechtspflicht direkt aus dem menschlichen Willen oder aus Delicten entspringt oder an sonstige Ereignisse angeknüpft ist (obligationes ex contractu, obl. ex delicto und Zustandsobligationen) und mag hier nur noch das bemerkt sein, daß die Delictsobligationen in Civilrechtspflichten bestehen, die sich an die Verletzung gewisser Unterlassungspflichten selbstständig anknüpfen. Zu ihnen gehört u. A. auch die Obligation aus Verletzung des s. g. Autorrechts und ist das vielbesprochene geistige Eigenthum nicht mehr und nicht weniger als ein nicht ganz unpassendes Bild.

In der Familie sind namentlich zwei Verhältnisse, das Verhältniß zwischen Mann und Weib und das zwischen Eltern und Kindern der Regelung bedürftig; das Familienrecht zerfällt darnach in das Eherecht und das Elternrecht. Beiden, oder wenn man will dem ersteren wächst das Verlöbnißrecht an, sobald das Verhältniß zwischen Verlobten nicht mehr blos der Sitte angehörig, sondern zu einem rechtlichen erhoben ist. Die Ehe, wenigstens der bürgerliche Bestandtheil derselben, ist ein wahrhafter Vertrag; wenn auch viele zwischen Eheleuten bestehende Pflichten nur Gebote der Sitte und der Moral geblieben sind, so giebt es doch zwischen ihnen auch eine Reihe von Pflichten, deren Erfüllung durch die Gerichte nöthigenfalls erzwungen wird, also eine Reihe wahrhafter Civilrechtspflichten. Dieselben werden durch den beiderseitigen Verpflichtungs- und Acceptationswillen begründet und dieser Vertrag hat die Eigenthümlichkeit mit den dinglichen Verträgen gemein, daß auch hier nur ein untrennbarer Complex von Pflichten zusammen begründet werden kann. Der kirchliche Bestandtheil der Ehe ist von dem Rechtsgesichtspunct aus nur eine besondere, wenngleich bedeutungsvolle, geheiligte Form.

Die Ordnung der zwischen Familiengliedern bestehenden Verhältnisse durch Begründung von Rechtspflichten zwischen denselben ist aber zum Theil zugleich eine Ordnung von Vermögensverhältnissen, so daß sich das Familienrecht in einen rein familienrechtlichen Theil, wo die rechtsnothwendigen Handlungen und Unterlassungen ganz anderer Art sind wie im Vermögensrecht, und in einen zugleich vermögensrechtlichen Theil (Ehegüterrecht und Elterngüterrecht) spaltet.

Wie das Familiengüterrecht enthält auch das Erbrecht nur vermögensrechtliche Pflichten und von dem Intestaterbrecht kann man sogar auch sagen, daß die Verwandschaft, also die Familie, dasselbe in's Leben rief. Bei dem testamentarischen Erbrecht schwindet jedoch der Gesichtspunct der Entstehung durch das Familienleben mehr, und da beide Theile des Erbrechts sich darin jedenfalls von dem übrigen Familienrecht unterscheiden, daß sie nicht die Verhältnisse mit einander lebender Familienglieder regeln, sondern zu dem Zwecke da sind, damit die Vortheile der Vermögensrechte eines Verstorbenen seinen früheren Familiengliedern, oder gar vom **defunctus** besonders bevorzugten **extraneis** zufallen, so konnte die Anschauung gäng

und gäbe werden, daß das Erbrecht ein besonderes drittes Gebiet innerhalb des Civilrechts sei; man hätte es aber allenfalls auch als einen speciellen Theil des Vermögensrechts auffassen können, als Vermögensrechte jeder Art, welche sich entweder blos an ein besonderes Ereigniß (Todesfall und testamentarische Einsetzung) oder an ein solches (Todesfall) unter besonderen Bedingungen in der Person eines der Rechtssubjecte (Verwandschaft) anknüpfen.

Mit den genannten Abtheilungen ist das Civilrecht aber noch nicht vollständig. Da nämlich dem Willen mancher Menschen die rechtliche Wirksamkeit entweder noch nicht beigelegt (**infantes**) oder wieder entzogen ist (**furiosi**), die allgemeine Meinung aber doch diesen rechtlich Willenlosen die Vortheile von Vermögensrechten bestimmt, so muß jemand da sein, der während der Willensunfähigkeit jener **revera** Subject dieser Vermögensrechtspflichten ist, das Vermögen conservirt und jene Vortheile den rechtlich Willenlosen theils gleich, theils nach erreichter Willensfähigkeit zuwendet. Diesem Vormund liegt dann auch zugleich eine besondere Pflege des Bevormundeten ob.

Wo der Wille jemandes nur dann rechtlich wirksam ist, wenn der Consens eines Anderen hinzutritt, ist der Erstere wirkliches Rechtssubject und seine Willenserklärungen sind nur noch an eine besondere Bedingung geknüpft. Der Nachtheil aber, welcher sonst Willensfähigen aus ihrer Unerfahrenheit, Verstandesschwäche 2c. erwächst, das allgemeine Mitleid mit ihnen, ist der Grund, daß gewissen Personen die Rechtspflicht auferlegt ist, die Willenserklärungen jener zu prüfen und dieselben je nach eignem bessern Dafürhalten zu billigen oder zu mißbilligen.

Das Vormundschaftsrecht kann übrigens als ein rein privatrechtliches, oder als ein zum Theil privat- zum Theil staatsrechtliches Institut wenigstens gedacht werden. Es wäre nämlich möglich, daß blos Privaten als solchen, namentlich Verwandten die Pflicht der Bevormundung obläge, und daß diese Pflicht dann durch das Gesetz sehr genau ausgebildet und Privat- und öffentliche Strafen für jede Nichterfüllung festgesetzt würden, so daß der Obrigkeit gar keine vormundschaftliche Pflichten oblägen. Es ließe sich aber auch denken, daß der Obrigkeit allein der Schutz der Waisen 2c. obläge, und daß sie den Vormund als Unterbeamten bestellte, der dann nur seiner vorgesetzten Behörde, nicht den Pupillen und Bevormundeten ver-

pflichtet wäre. Unser heutiges Vormundschaftsrecht ist gemischt aus Privat- und Staatsrecht. Der Vormund sowohl als die Obervormundschaft sind zum Theil als Behörde zu betrachten, insofern sie nämlich nur einer vorgesetzten Behörde verpflichtet sind, zum Theil als Privatpersonen, insofern sie dem Pupillen verpflichtet sind und dieser sie durch das Gericht zwingen oder zur Strafe ziehen kann.

Auch die Vormundschaftsrechtspflichten sind wie die Familienrechtspflichten zum Theil zugleich Vermögensrechtspflichten, soweit sie nämlich zur Regelung der Vermögensverhältnisse der Bevormundeten begründet sind, zum Theil aber haben sie einen besonderen, wenn auch den reinen Elternrechtspflichten ähnlichen Inhalt.

Es theilt sich also das Civilrecht in das Vermögensrecht, das Familienrecht, das Erbrecht und Vormundschaftsrecht, je nachdem die Ordnung des Verhältnisses der Menschen zu den Dingen der Außenwelt, abgesehen von anderen Verhältnissen, oder die Ordnung des Familienlebens, oder der Verhältnisse der Menschen zu dem Vermögen eines Verstorbenen, oder der Verhältnisse eines Willensunfähigen, respective eines durch die rechtliche Wirksamkeit des Willens leicht Gefährdeten bezweckt wird und diese in der Jurisprudenz gleichsam gewachsene Eintheilung ist eine natürliche zu nennen, weil ihr Grund die Ursache von vielen besondern Eigenschaften der einzelnen Abtheilungsglieder ist.

§. 12.

Die zweite große Hälfte des Privatrechts, das Strafrecht, handelt von den Rechtspflichten, auf deren Nichterfüllung eine Strafe folgt.[1]) Dabei bleibt der civilrechtliche Begriff von Strafe natürlich außer Acht. Wenn sich nämlich an die Nichterfüllung einer Pflicht die Pflicht zu einer Präſtation über den Schadensersatz hinaus anknüpft, so ist das Entstehen dieser letzteren Pflicht auch ein Uebel, eine Strafe für die Pflichtverletzer, dieselbe erscheint aber von dem hier einzunehmenden Standpuncte aus nur wieder als eine neue civilrechtliche Pflicht, deren Erfüllung nöthigenfalls zu erzwingen ist.

---

1) Der indirecte Zwang, der in der bevorstehenden Strafe liegt, unterscheidet sich in nichts von dem indirecten Zwang zur Pflichterfüllung, der in dem bevorstehenden directen Zwang des Civilrichters liegt. Es ist daher eine Abschreckungstheorie für das Straf- und Civilrecht gleich wahr oder gleich unwahr je nachdem man dieselbe versteht.

Der Vollzug der Strafe ist gewissermaßen ein Act der Rache, nicht des Einzelnen, sondern der Gesellschaft, wenigstens der Gesammtheit der zu einem Staate vereinigten Menschen. Reizt eine Handlung gar keinen Affect im Menschen, so wird er nicht dafür halten, daß sie zu unterlassen oder zu vollbringen sei, und eine Pflicht kann nicht entstehen. Erregt sie blos seinen Abscheu, Ekel u. s. w., so wird sich die Meinung bilden, daß sie zu unterlassen, aber nicht, daß sie zu bestrafen ist. Erregt sie aber den Wunsch, daß dem Thäter ein Uebel zugefügt werde, d. h. erregt sie die Rache, so setzt sich die allgemeine Meinung fest, daß dem Thäter ein Uebel angethan werden müsse, d. h. daß er zu bestrafen sei. Das Strafrecht ist also eine physische Nothwendigkeit, wie alles Recht. Der Mensch ist von Gott so erschaffen, daß er Gut und Böse, Recht und Unrecht unterscheiden muß. Die ganze Ordnung der menschlichen Gesellschaft könnte auch ohne diese Einrichtung nicht bestehen; wenigstens können wir mit unserem irdisch beschränkten Blicke, mit unseren von der Erde stammenden und nicht über die Erde hinausreichenden Begriffen uns die Welt gar nicht anders vorstellen. Und wenn wir uns eine Anzahl Menschen dächten, die den Begriff des Guten und des Bösen, des Rechts und des Unrechts noch nicht kennend, plötzlich zusammengeführt würden, so würden wir uns sofort hinzudenken müssen, daß jeder alsbald anfinge an einer großen Reihe von Handlungen und Unterlassungen der Anderen Wohlgefallen, an einer anderen großen Reihe Mißfallen zu empfinden und die erste Reihe würde in ihrem Kern mit unserer Moral und unserem Rechte zusammen und nur in den entfernteren bald mehr bald weniger zahlreichen Einzelheiten vielleicht auseinanderfallen. Wir würden uns sofort hinzudenken müssen, daß jene Menschen alsbald anfingen, was wir Redlichkeit nennen, zu lieben und diejenigen unter ihnen zu schätzen, zu denen jeder das volle Vertrauen haben könnte, daß sie selbst da, wo kein menschliches Auge sie je entdecken kann, den von uns als den Weg der Moral und des Rechts bezeichneten Weg wandelten. Wir würden uns auch sofort hinzudenken müssen, daß jene Menschen denen ein Uebel wünschten und mit der Ueberzeugung der Nothwendigkeit auch anfügten, die da thaten was wir Verbrechen nennen.

Die mehrsten der Strafrechtspflichten sind Unterlassungspflichten

und meist ist der Verpflichtete nach allgemeiner Rechtsüberzeugung allen Dritten, der Gesammtheit seiner Nebenmenschen verpflichtet, so daß die verpönte That oder Unterlassung zugleich eine Verletzung einer großen Reihe von Verpflichtungen ist, welche auf diese Weise sich zu einer Gruppe bilden. Die Pflichtverletzung heißt dann Verbrechen, ob dasselbe einen besonderen Namen hat oder nicht, ist bedeutungslos, ob man vom Diebstahl oder vom Wegnehmen fremder Sachen aus fremdem Gewahrsam **animo lucri faciendi** spricht, ist völlig einerlei; im letzteren Falle hat man die Handlung in Begriffe aufgelöst, die einzeln nichts Strafbares involviren, sondern nur in ihrer Verbindung; für diese Verbindung wird sich allemal ein besonderer Name festsetzen, wenn der menschliche Geist es häufig mit ihr zu thun hat.

Die Strafrechtspflichten gruppiren sich in verschiedene Abtheilungen, je nachdem ihre Verletzung eine Störung jedes Beisammenlebens der Menschen, abgesehen von allen besonderen Verhältnissen und Berührungen, eine unmittelbare Störung des geistigen und leiblichen Wohls der Menschen ist, [1]) oder je nachdem die Pflichtverletzung eine Störung der natur- und civilrechtsgemäßen Fortpflanzung der Menschen (Unzucht im weiteren Sinne) oder der regelmäßigen Function der Staatsbehörden, also des staatlichen Beisammenlebens ist. Dabei bedarf es kaum der Bemerkung, daß auch im Strafrecht einige Abtheilungen Charactere anderer Abtheilungen zugleich an sich tragen, eben wie im Civilrecht beim Vermögens- und Familienrecht, es kommt dann darauf an, welche Charactere die wichtigsten sind und darnach wird sich ihre Stellung im System bestimmen.

§. 13.

Das Staatsrecht war uns die Summe der den Behörden obliegenden Rechtspflichten.

Man hat vielfach alle diese verschiedenen Rechtspflichten der Behörden als Pflicht, das allgemeine Wohl, die allgemeine Wohlfahrt zu befördern, aufgefaßt und diese Pflicht als die centrale hingestellt. Es ist zu untersuchen, was Wahres hieran ist.

---

1) Dahin gehört die Körperverletzung mit ihren verschiedenen Unterarten, der verbotene Zwang, die Verletzung der in der Gesellschaft sich bildenden Achtung vor dem einzelnen Individuum, die Ehrverletzung.

Das allgemeine Wohl beruht auf dem Genuß der unendlichen Zahl höherer und niederer Güter, nach denen das Menschengeschlecht strebt, welche es bedarf, welche es wünscht. Von der edelsten Befriedigung, welche ein Werk der Nächstenliebe seinem Urheber zu gewähren vermag, bis herab zu den edlen Freuden an Kunst und Wissenschaft und weiter bis zum Genuß des Beifalls und der Bewunderung der Umgebung, der Macht, des weitgreifenden Einflusses und des Reichthums, bis herab zu dem Genuß, den die Berührung einer seltenen Speise dem Gaumen gewährt, darnach, nach dem, was ihm angenehm, was ihm behaglich ist, nach Befriedigung seiner Bedürfnisse, nach Erfüllung seiner Wünsche ringt der Mensch wie die Blume nach dem Licht. Die Lehre ist nicht neu, aber oft verkehrt ausgedrückt, oft mißverstanden, oft übel ausgelegt. Shaftesbury spricht sie aus, wenn er in der Rhapsodie der Moralisten sagt: „Wie wir an den äußeren Dingen Gestalt, Farbe, Verhältnisse und Schönheit und Häßlichkeit unterscheiden, so fühlt unsere Seele, die Zuschauerin und Zuhörerin anderer Seelen ist, auch in den Neigungen das Sanfte und Rauhe, das Angenehme und Widrige und findet ein Häßliches und Schönes. Dem Schönen kommt sie auch hier mit Bewunderung und Entzücken entgegen, dem Häßlichen dagegen mit Verachtung und Abscheu. Die Tugend ist also sittliche Schönheit.“ Bentham spricht sie aus, wenn er die Nützlichkeit als die Grundtriebfeder hinstellend erklärt: [1]) „Nützlichkeit drückt die Eigenschaft oder Tendenz einer Sache aus, vor irgend einem Uebel zu bewahren oder irgend ein Gut zu verschaffen. Uebel ist Unlust, Schmerz; Gut ist Vergnügen oder Ursache davon. —— Alles das ist dem Nutzen oder Interesse einer Gemeinschaft gemäß, was dahin zielt, die Totalsumme des Wohlseins der Individuen zu vermehren, welche sie bilden.“ Alle unsere Nationalökonomen haben die Lehre, denn alle wirthschaftliche Thätigkeit des Menschen führen sie auf seine Bedürfnisse zurück, unterscheidend physische und geistige, natürliche und künstliche Bedürfnisse. Nur das wird gewöhnlich allzusehr verkannt, daß das Leben, welches die Sprache gebiert, das menschliche Streben nicht unter einen Gesichtspunct stellt und daß daher die Sprache

---

1) s. Bentham, die Principien der Gesetzgebung übers. v. Et. Dumont. Köln 1833. S. 5.

eines einzigen allemal zutreffenden Ausdrucks ermangelt. Genuß, Nutzen, Neigung, Bedürfniß — die Worte werden über den vulgären Begriff hinaus erweitert und das führt zu Irrthum und scheinbarer Absurdität. Wie absurd hört es sich an, wird eigene Befriedigung als stille Triebfeder der edelsten Handlungen hingestellt. Man denkt an Egoismus, während doch nicht derjenige Egoist ist, der seinen Bedürfnissen, seinen Wünschen gemäß handelt — in dem Falle sind alle Menschen ausnahmslos, — sondern nur derjenige, dem gewisse gute Triebe abgehen oder bei dem andere in ein Uebermaß ausgeartet sind.

Man verkennt auch oft, wie der Mensch bald instinctiv seinen Anregungen, Gefühlen, Empfindungen folgt, bald mehr bald weniger bewußt und berechnend handelt; wie er nicht die freie Gewalt über seine Neigungen und Abneigungen hat und die tausenderlei Umstände, welche diese Macht haben, nicht alle bekannt sein, nicht alle herbeigeschafft werden können; wie nur die allgemeinen Neigungen und Abneigungen, die der Angehörigen eines Gemeinwesens oder sonst einer Gesellschaftsgruppe, beziehungsweise der Menschheit, nicht die der Individuen als bestimmend und zwar im Einzelnen meist unbewußt bestimmend auftreten, wie darum endlich grade diejenigen, die statt das Gute, Wahre, Schöne zu erstreben, überall reflectirend und raffinirend blos ihren individuellen Nutzen und Genuß im Auge haben und überhaupt diejenigen, die „das Glück ihrer Tage auf der Goldwaage wägen," allemal verirren müssen.

Aus jenem allgemeinen Streben quellen denn auch alle Lebensgestaltungen, quillt auch das Recht hervor und nichts dient so sehr zur Beförderung des allgemeinen Wohls wie gerade die allgemeinen Ueberzeugungen von der Nothwendigkeit gewisser Handlungen oder Unterlassungen. Mit anderen Worten: das Recht ist die erste unentbehrlichste Bedingung der allgemeinen Wohlfahrt [1]) und wenn wir also oben die Staatsbildungen aus dem Rechte herfließen sahen, so ist die Urquelle des Staats, sein letzter Zweck allerdings das allgemeine Wohl und all und jegliche Functionen der Staatsbehörden bezwecken schließlich dies allgemeine Wohl. Allein es darf dabei nie vergessen werden, daß unter allen Functionen der Behörden die Pri-

1) Darum ist die Rechtspflege denn auch im weiteren Sinne productiv. s. Roscher, System der Volkswirthschaft 2. Aufl. I. §. 62.

vatrechtspflege die nothwendigste, unentbehrlichste, daß sie eigentlich der Kern des ganzen Staatswesens ist. Denken wir uns, der allgemeine Wille riefe zuerst eine Behörde in's Leben, um die zum allgemeinen Wohl erforderlichen volkswirthschaftlichen Maaßregeln zu ergreifen, sowie auch die hierzu erforderlichen Geldmittel aufzubringen, zu verwalten und zu verwenden, die nöthige physische Macht zur Durchsetzung der Maßregeln gegen auswärtige oder einheimische Widerstrebende aufzustellen, zu erziehen und zu verwenden, und die Pflicht der Oberhörden, die nöthigen Unterbehörden einzusetzen und die Pflichterfüllung derselben zu erzwingen resp. die Strafe zu vollziehen (mittelst Monituren, Androhung von Geldstrafen, Suspension und Remotion vom Amte). Auch hier würde eine Trennung der Functionen stattfinden und ein Behördenorganismus entstehen, allein derselbe wäre noch kein Staat, ja er würde außerhalb eines solchen gar nicht bestehen können. Es fehlte noch die für das allgemeine Wohl nothwendigste und erste Staatsrechtspflicht, die Pflicht, das Privatrecht zu pflegen. Ohne sie ist irgend eine Sicherheit in den Gesellschaftszuständen, ja ohne sie ist ein Staat überall nicht denkbar, während mit den übrigen auf das allgemeine Wohl abzielenden Rechtspflichten der Behörden, abgesehen von dem allemal mit nothwendigen Finanz- und Militairwesen, der Stellenvergebung und dem Staatsprozeßrecht (um mich so auszudrücken), der Staat nicht aufhören würde zu sein; mehrere dieser s. g. Wohlfahrtssorgen können oft ohne großen Nachtheil, manche sogar zum Vortheil der Gesammtheit entbehrt werden oder wenigstens den Privaten überlassen bleiben. 1)

---

1) Zahl und Art dieser Wohlfahrtssorgen wechselt übrigens mit Zeit und Ort; auch greifen sie mehr in einander und legen verschiedene Gesichtspunkte gleich nahe, so daß eine strenge Classification und Sonderung der Verwaltung nicht stattfindet.

In dem chinesischen Reiche nimmt die Sorge für den Kanalbau eine weit mächtigere Stelle ein, als selbst in den europäischen Niederlanden. Die Unsicherheit der Küstenschifffahrt, die Untiefen, die Sandbänke und Strömungen der gelben See, die geringe Kenntniß der Schiffer im Gebrauch der Magnetnadel, ihre Furcht vor den freien Ocean und der Region der Typhone an ihrem Küstenmeere ließ die Chinesen nie erfahrene Weltschiffer werden. Aber in diesem Lande, dessen vierter Theil unter Wasser steht oder sumpfig saurer, culturunfähiger Boden ist, welches daher auch nur wenige Landstraßen und in manchen Provinzen nur enge Fußpfade besitzt, wo aber über Millionen Handlanger despotisch dis-

Es würden sich, wo nur durch Vereinigung von Menschen etwas ausgerichtet werden kann und der Wunsch, daß dies geschehe, allgemein wäre, zur Ausführung Gesellschaften bilden, dem Staate ähnlich, gewissermaßen Gemeinwesen mit mehr oder weniger Abhängigkeit vom Staate. Wenn Schulen und Akademien nicht von Staatswegen eingerichtet würden, so würden sie von Privaten eingerichtet, die Ausbildung würde dann freilich mehr kosten, die Besoldungen derjenigen, welche sich diese Ausbildung verschafft, würden verhältnißmäßig steigen, die Verhältnisse des Arbeitslohns, das Wort in einem weiteren Sinne, als es gewöhnlich selbst in der Volkswirthschaft gebraucht wird, genommen, würden sich überhaupt verschieben, die Aemter vielleicht ganz in die Hände der Reicheren gelangen und das ganze Unterrichtswesen würde vielleicht durch manche neue allgemeine Privatrechtsmeinung geschützt werden; allein es würde nach wie vor bestehen.[1]) Eine andere Frage ist, ob besser

---

ponirt wird, baute man jenes bewunderungswerthe Kanalsystem, das großartigste der Welt. Während man in vollständiger Unwissenheit über die großen Verhältnisse, über welche der Ocean Aufschluß giebt, verharrte, weckte man einen desto lebhafteren künstlichen Binnenverkehr. Die Kenntniß des Wasserterrains mußte daher auch in diesem ungeheurem Reiche eine der nothwendigsten Theile der Kenntnisse eines gebildeten Staatsmannes ausmachen, die Erbauung jedes Kanals wird in den Annalen verzeichnet und bringt Ruhm bei den Nachkommen. Jedem Strom steht ein eigner Genius vor, der seine Tempel hat, dem vom Kaiser selbst geopfert wird, um die Ueberschwemmungen abzuwenden. Mit der Erhaltung der Kanäle sind die ersten Staatsbeamten beauftragt, da vom Kanalbau die Selbsterhaltung des ganzen Volkes abhängt. Kein Mandarin kann auf die Würde eines Gelehrten Anspruch machen, ohne die genaueste Kenntniß der Kanäle in seiner Provinz und die Gouverneure derselben müssen alles inne haben, was zur Geschichte, Ausmessung und Berechnung der Dämme, Schleusen, Brücken, Kanäle u. s. w. gehört. Die Glieder des kaiserlichen Staatsrathes sind in dem minutiösen Detail dieses Systems so bewandert, wie wohl mancher Naturforscher in dem der Insectologie oder Conchiliologie. Solchen Einfluß übt die sonderbare Bildung des Landes auf den höheren Stand seiner Bewohner, auf die Lebensweise der erwerbenden Volksklasse und auf die Staatsverwaltung aus. S. Ritter's Erdkunde. Ostasien Bd. 3. S. 721 ff.

1) Ich erinnere weiter an die Handelscompagnien und überhaupt die größeren Actien-Unternehmungen, den Geschäftsbetrieb der haute finance, der Industrie- und Commerzbanken, der Sparcassen, der Versicherungs- namentlich Brandversicherungsanstalten, welche, wenn sie auf Gegenseitigkeit gegründet sind, ihre Beiträge wie eine Steuer ausschreiben, und überhaupt an alle die größeren

durch Privatrechtspflichten und Private, die nur den ökonomischen Gewinn im Auge haben und sich dadurch in ihren Unternehmungen leiten lassen, oder durch eine Behörde für die Wohlfahrt gesorgt wird und diese Frage ist rein nach der Zweckmäßigkeit zu beurtheilen und darnach für alle Entwickelungsstufen der Gesellschaft in Betreff einer großen Zahl von den Regierungen geübter Wohlfahrtssorgen entschieden zu Gunsten der Besorgung durch eine Behörde zu beantworten. Auch kann man nicht sagen, daß eine solche Besorgung durch Behörden auf den höheren Culturstufen entbehrlicher werde, und daß sie um so rathsamer sei, je schwächer noch die Bevölkerung, je weniger lebendig der Verkehr, je geringer das Capital der Völker ist. Bestätigt es doch die Geschichte, daß die Zunahme der Bevölkerung, der Hauptfactor der Macht und Stärke eines Staates und ein so äußerst wichtiges, gleichwohl aber so oft übersehenes Moment für die Entwickelung der Menschheit, unter Anderem zweierlei im Gefolge hat, einmal, daß die öffentliche Meinung in tiefere Schichten der Gesellschaft eindringt und einen größeren und umfassenderen Einfluß auf die Handlungen der Behörden gewinnt, sei es, indem sie sich ein eigenes Organ schafft, sei es auch nur, indem sich ihr moralischer Einfluß verstärkt, und zweitens, daß sich die Wohl-

volkswirthschaftlich bedeutsamen Unternehmungen. Abgesehen von der Aufsicht und Controlle, die der Staat jedenfalls, wenn auch vielfach mit zarter Vorsicht und Schonung, über alle diese wirthschaftlichen Organisationen zu üben hat, ließe sich denken, daß er selbst einen Theil davon als zur Staatsverwaltung gehörig an sich zöge. Und in der That existirt auch hier zwischen den den Privaten und den dem Staate angehörigen Verrichtungen keine absolute, allgemein gültige Gränze. Es entscheidet einzig die allgemeine Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit, welche bestritten und nach Ort und Zeit verschieden sein kann. Der Staat hat den für das allgemeine Wohl wirksamen Vornahmen sich zu unterziehen, wenn er selbst sie leichter und besser ausführt, als Privatgesellschaften, alle anderen aber möglichst Privaten zu überlassen. „In sehr vielen Dingen greifen die für das Ganze rein instictmäßigen Einzelsorgen unendlich viel besser in einander als die planmäßigen Arbeiten der geschicktesten Regierungscommission" (Wately Lectures 1831 Nr. 4. angef. bei Roscher, Nationalökonomie 2. Aufl. §. 13. not. 5.) — denn so sehr auch die Staatsökonomie dazu rathen mag, einen Theil der Staatsausgaben durch Gebühren, Aufkünfte aus Regalrechten, Domänen rc. zu decken, so soll dabei doch stets nur der Gesichtspunkt des allgemeinen Wohls als der höhere Gesichtspunkt bestimmend sein, und der Staat nie als eine bloße Erwerbsgesellschaft thätig sein.

fahrtspflichten, die den Behörden obliegen, verändern, theils vermindern, [1]) theils vermehren, [2]) im großen Ganzen aber vermehren, denn es ist nicht zu bezweifeln, daß auf niederen Kulturstufen die Wohlfahrtssorge sowohl der Behörden als der Privaten nicht so umfänglich ist, als auf höheren. Mit der Cultur wachsen die menschlichen Bedürfnisse und Wünsche und mit diesen wächst das Bemühen, sie zu befriedigen!

Wir sahen vorhin, daß im Grunde alle Functionen der Behörden zuletzt auf die allgemeine Wohlfahrt abzielen, wir sahen aber auch, daß nicht alle Functionen gleich nothwendig, gleich wichtig sind. Bei den nothwendigsten und den zu ihrer Ermöglichung oder wenigstens zu ihrer bessern Verrichtung erforderlichen tritt nun aus sehr begreiflichen Gründen die Rücksicht auf das allgemeine Wohl mehr zurück. Die Justiz ist eben so nothwendig, daß die Menschen bei ihr gar nicht weiter nach einem höheren Zwecke zu suchen pflegen, daß sie selbst ihnen vielmehr als Zweck, daß sie ihnen als um ihrer selbst willen wünschenswerth erscheint. Auch beruht die Förderung des allgemeinen Besten durch die Justiz eben auf die allerstrengste Bindung der Gerichte an das bestehende Privatrecht und auf den vollständigsten Ausschluß jeder Rücksicht auf das allgemeine Wohl. Grade diese Ausschließung der direkten Berücksichtigung der allgemeinen Wohlfahrt ist hier die nothwendige Bedingung der allgemeinen Wohlfahrt. Ein Eingriff in die Privatrechtspflege um des allgemeinen Besten willen wird diesem stets mehr schaden als nützen. Das allgemeine Vertrauen zu der Staatsverwaltung, auf welches so außerordentlich viel ankommt, erleidet durch nichts einen so gefährlichen Stoß, als durch einen einzigen Act der Cabinetsjustiz. Die ganze Ordnung der Dinge wird durch denselben unsicher gemacht. Es sind auch kaum Fälle denkbar, in denen eine höchste Staatsnoth

---

1) Ich erinnere hier nur an das lebhafte und hie und da viel zu weit gehende Streben der Gegenwart, die volkswirtschaftlichen Maßregeln der Behörden möglichst auf bloße Hinwegräumung von Hemnissen und Verhütung von Schäden zu beschränken, ein Gesichtspunkt, der überdies, bei Licht besehen, völlig haltlos ist, da die Abwendung von Uebeln und die Beförderung des Guten hier vollständig in einander fließt.

2) Ich erinnere nur an die h. z. T. so ausgedehnte Gesundheitspolizei.

gebieterisch den Eingriff verlangte, oder in denen ein solcher auch nur das allgemeine Beste wirklich mehr förderte als beeinträchtigte.

Das Militair- und Finanzwesen aber, die Pflicht, Unterbehörden einzusetzen und über ihre Pflichterfüllung zu wachen, die Gesetzgebung und die sogenannte Rechtspolizei würden ihren nächsten Zweck schon in der Ermöglichung oder Verbesserung der Privatrechtspflege haben und haben ihn jedenfalls in der Ermöglichung oder Verbesserung aller Functionen der Staatsbehörden überhaupt.

Nur bei den übrigbleibenden Staatsrechtspflichten sucht man nach einem höheren Zwecke und die Frage, wozu sie denn schließlich dienen, führt natürlich auf die allgemeine Wohlfahrt hin.[1]) Man hat deshalb denn auch alle diese Pflichten mit einem gemeinschaftlichen Namen, mit dem Namen „Polizei" zusammengefaßt. Polizei ist Wohlfahrtssorge. Da diese sich fast überall hin erstrecken kann, so ist eine sehr weitgehende und eine sehr scharfe Trennung von vornherein unmöglich und selbst, wo eine Trennung stattfindet, würden die Zwecke nicht so gut und leicht erreicht werden, wenn sie überall und bis in die untersten Behörden durchgeführt würde, vielmehr ist es durch die größere Einfachheit und Leichtigkeit einer combinirten Verrichtung geboten, daß zuletzt in einer Hand verschiedene Zweige vereinigt werden, in der Hand der Polizei im engeren und eigentlichen Sinne.[2]) Daß diese zum Theil localen, zum Theil für das ganze Staatsgebiet thätigen Polizeibehörden keine dauernden und weithin wirkenden Einrichtungen zur Beförderung des allgemeinen Besten vornehmen dürfen, folgt aus ihrer Stellung als Unterbehörden; von allen Unterbehörden der Polizei in weiterem Sinne aber sind sie die einzigen, bei denen noch die Rücksicht auf das allgemeine Wohl als einziger gemeinsamer Zweck beständig vorschwebt, bei allen übrigen weicht diese Rücksicht bestimmten speciellen Zwecken; nur in einem anderen

---

1) Daher kommt es, daß wo die allgemeine Wohlfahrt am meisten gefördert wird, am wenigsten, da wo sie weniger gefördert wird, am meisten von ihr gesprochen wird.

2) Verfehlt ist die Theilung der Wohlfahrtssorge in Polizei, wo die Staatsgewalt ihre gebietende und zwingende Autorität ausübt — und Pflege, wo sie ihren Zweck verfolgt, indem sie anregt, belehrt, schirmende und fördernde Veranstaltungen ohne Machtanwendung entw. unmittelbar trifft, oder hervorruft und unterstützt. s. K. Brater in der krit. Ueberschau V. I. p. 82.

Sinne tritt auch bei der eigentlichen Polizei jene Rücksicht mehr zurück. Die Polizei hat unter Anderem Störungen des Genusses der zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Gegenstände möglichst zu verhüten und aus dem Wege zu räumen, sie hat der Verletzung von Strafrechtspflichten möglichst vorzubeugen, sie hat nach Kräften dafür zu sorgen, daß schwer zu ersetzende und weitgreifende Beschädigungen oder Zerstörungen von Eigenthum und anderen Civilrechten, sei's durch plötzliche Naturgewalt, sei's durch Menschenhand möglichst abgewendet werden. Wollte sie sich nun dabei blos auf das Streben beschränken, solche allgemeinere Interessen [1]) verletzende Fälle auszukundschaften und dann den einzelnen Fall abzuwehren, so würde ihre Thätigkeit entweder keine großen Erfolge haben, oder für die Privaten äußerst lästig sein. Es läge daher schon sehr nahe und würde zur getreuen Pflichterfüllung der Polizei gehören, daß sie gewisse Dinge, welche leicht einen allgemeinen Schaden verursachen können, z. B. feuersgefährliche Einrichtungen, betrunkenes Umhergehen und Tumult auf öffentlichen Plätzen, ein für allemal bei Strafe verböte. Diese Verbote würden auch von den Nachfolgern im Polizeiamte größtentheils beobachtet werden und so ein Analogon des **Edictum pertetuum** bilden. Die Polizeibehörde kann jedoch auch verfassungsmäßig zur Bestrafung gewisser Handlungen oder Unterlassungen verpflichtet sein, welche die obere Polizeibehörde als polizeilich strafbar ihr bezeichnet, (Polizeigesetzbücher). Mit dem Entstehen solcher festen Normen, [2]) namentlich mit dem Entstehen von Polizeigesetz-

---

1) Wenn die Polizei oft unmittelbar auch nur das Interesse Einzelner wahrnimmt, so liegt doch oder sollte doch stets ein allgemeines Interesse, eine Rücksicht auf das allgemeine Wohl zu Grunde liegen. Wo das nicht der Fall ist, sollte die Polizei sich des Einschreitens enthalten und die Einzelnen selbst für sich sorgen lassen. Jene scheinbar nur für einzelne bestimmten Sorgen sind durchaus ähnlich den Obervormundschaftspflichten der Behörden. Auch diese scheinen zunächst nur die einzeln Bevormundeten zu berühren; es liegt aber sehr im allgemeinen Interesse und Wunsche, daß also für Einzelne gesorgt werde.

2) Mit dem Entstehen dieser Normen tritt auch der Unterschied zwischen der criminalrechtlichen und der polizeilichen Bestrafung äußerlich mehr zurück, so daß Polizeivergehen und Verbrechen in einander laufen; indeß sollte es nie aus den Augen verloren werden, daß es sich bei den letzteren um die Verletzung von zwischen Privaten bestehenden Rechtspflichten, bei ersteren um Verletzungen der Privaten gegen die Behörden obliegenden Pflicht, den Anordnungen derselben zu

büchern hört auch für die Polizei, soweit jene reichen, das allgemeine Beste auf, unmittelbare Richtschnur zu sein. Uebrigens gilt für die Polizei im engern Sinne ebenso wie für die Wohlfahrtssorge überhaupt, daß sie nicht Wohlthaten aufzwingen darf, welche von der allgemeinen Stimme nicht für Wohlthaten anerkannt werden, oder welche wenigstens mit mehr Unannehmlichkeiten als Nutzen für diejenigen verknüpft sind, für welche sie mittelbar oder unmittelbar bestimmt sind. Es ist dies eine in der Natur der Dinge liegende Schranke, mit deren Anerkennung jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß intelligente Staatsmänner Maßregeln durchsetzen, die von einer blinden, ihr eigenes Wohl nicht kennenden Mehrzahl reprobirt, hernach aber, wenn nur erst die Macht der Gewohnheit gebrochen ist, als tüchtig anerkannt werden. Hier entscheidet Verständniß und richtige Schätzung der Verhältnisse, Takt, überhaupt praktisches Talent, und solche Fälle werden um so häufiger sein, je weniger entwickelt die öffentliche Meinung ist. Irrt die Behörde und wird die Maßregel nach wie vor mißbilligt, so ist einmal eine schlechte Maßregel ergriffen und geschieht das häufig, so ist eine Mißregierung da; ein ziemliches Maß derselben wird ertragen, ein entschiedenes Uebermaß ruft Reactionen hervor und die Natur der Dinge ist hier wie anderswo der Arzt und Regulator.

Es bleibt noch Einiges über die Gesetzgebung und die Privatrechtspflege zu bemerken.

Das Urtheil darüber, ob etwas und was geschehen oder unterbleiben muß, wird vielfach unsicher sein, da sich immer unvermeidlich viele weniger bestimmte und verbreitete Rechtsüberzeugungen bilden. Das Bedürfniß einer sicheren und bestimmten Rechtssprechung ruft daher eine besondere Behörde hervor, der obliegt, da klar und deutlich Verpflichtungen aufzustellen, wo die allgemeine Meinung schwankend und unbestimmt ist. Eine der allgemeinsten und

---

gehorsamen handelt. Es ist daher verkehrt, wenn eine dem Principe nach dem Richter obliegende Bestrafung aus dem Grunde der Polizeibehörde übertragen wird, weil eine schnellere, kürzere Procedur Bedürfniß ist. Die Anordnung eines summarischen richterlichen Verfahrens wäre da der richtigere Weg, es müßte sich denn ausweisen, daß die Gerichte zu summarischen Proceduren weniger qualificirt sind. Die Polizeistrafe hat einen ähnlichen Character, wie die vom Richter angedrohete.

bestimmtesten Ueberzeugungen ist dann die, daß die vom Gesetze aufgestellte Pflicht ebenso nothwendig und ihre Erfüllung ebenso zu erzwingen sei, wie die durch die allgemeine Ueberzeugung unmittelbar begründete. Das Gesetz ist gewissermaßen also ein Diener der letzteren, der im Auftrag einen Theil der Functionen verrichtet, während ein anderer, auch heut zu Tage immer noch weit größerer Theil, als man gewöhnlich denkt, ihr selbst zu verrichten übrig bleibt (Gewohnheitsrecht). Denn auf die allgemeine Meinung wird man doch immer wieder zurückgeführt: wer hat der Zwangs- und Strafbehörde das Recht gegeben? das Gesetz. Wer dem Gesetzgeber? Ist seine Willkür das Recht? Fügt sich ihm Jedermann, blos weil er die Gewalt hat, seinen Willen durchzusetzen, oder steht auch er noch unter einer andern Gewalt, die das Recht ist? Gewiß. Auch er steht noch unter einer Gewalt, unter der Gewalt der allgemeinen Meinung und diese eben ist das Recht. Man folgt dem Gesetze, weil es eine der allgemeinsten, festesten Ueberzeugungen ist, daß Jeder dem Gesetze folgen, widrigenfalls durch Zwang zum Gehorsam gebracht werden müsse, man folgt dem Gesetze nicht, weil der Gesetzgeber die Macht hat zu zwingen und zu strafen, ja die allgemeine Rechtsüberzeugung hat ihm erst diese Macht gegeben und ohne jene würde diese bald zerfallen.

In Folge der so festen Ueberzeugung von der streng bindenden Kraft des Gesetzes geschieht es daher auch oft, daß eine allgemeine Meinung erst durch den Gesetzgeber wach gerufen oder umgekehrt, daß sie durch ihn ausgelöscht wird.[1]) Die Gesetzesvorschrift ist gewissermaßen nur eine indirecte allgemeine Meinung. Wie die Handlung des Mandatars, der einen allgemeinen Auftrag hat, ohne specielle Instruction über die Ausführung im Einzelnen, für die Handlung des Mandanten angesehen wird und als solche wirkt, wenn der wahre Sinn des Auftrags nicht geradezu verlassen ist — so gilt auch die Vorschrift der gesetzgebenden Behörde als Vorschrift der allgemeinen Rechtsüberzeugung, als Rechtsvorschrift, wenn sie nicht

1) Viele Gesetze aber bleiben nur Gesetze, ohne daß die allgemeine Rechtsüberzeugung sie sich aneignete; nur mittelbar verleiht sie denselben ihre Kraft, urch den allgemeinen und äußerst festen Satz nämlich, daß jedes Gesetz binde.

geradezu der allgemeinen Rechtsüberzeugung zuwiderläuft und von ihr bald schneller, bald langsamer wieder zurückgedrängt und aufgehoben wird. Es folgt hieraus übrigens keineswegs, daß die Gesetzgebung nur schon vorhandenen Rechtssätzen einen präcisen Ausdruck geben soll, sie soll vielmehr oft sogar gleichsam die Geburtshelferin der Rechtsnormen sein und ebenso eingerissene Mißbräuche hinwegräumen helfen. Grade auch diese Macht hat die allgemeine Rechtsüberzeugung in die Hände der Gesetzgeber gelegt.

Gegenstand der Gesetzgebung ist denn auch nicht blos das Privatrecht, sondern zugleich das gesammte Staatsrecht außer den der höchsten Behörde obliegenden Rechtspflichten. Es ist ein dringendes Bedürfniß, daß auch die übrige Staatsverwaltung, abgesehen von der Justizverwaltung, nach gewissen bestimmten, klaren Normen geschehe; bei höherer staatlicher Entwickelung reicht auch das Staatsgewohnheitsrecht nicht aus und die allgemeine Ueberzeugung überträgt einen Theil ihrer Function auch hier der Gesetzgebung. Innerhalb des Staates ist aber keine zweite Gesetzgebung möglich. Das Recht eines Staates kann eine gewisse Statutengebung mit mehr oder weniger Hinwegsetzung über die einzelnen staatlichen Rechtsvorschriften freilassen; der Willkür kann Macht über sonst dem Willen nicht unterworfene Pflichten gegeben sein und wir nennen das Autonomie, aber diese schafft auch nur Recht durch die Anerkennung des Staates, das von ihr statuirte Recht ist nur Recht durch das Recht des Staates.

§. 14.

Das Civilprozeßrecht besteht aus den Staatsrechtspflichten, welche zum Zwecke einer geordneten Urtheilsfällung und Zwangsvollstreckung in Civilrechtsstreitigkeiten begründet sind, aus Pflichten des Richters gegen seine übergeordnete Behörde und den correspondirenden Gehorsamspflichten der Privaten gegen das Gericht. Der Zwangsvollstreckung muß ein Urtheil voraufgehen, ob eine Pflicht wirklich vorhanden und wirklich nicht erfüllt ist; für beide Functionen ist eben das Gericht da. Das Verfahren zerfällt demnach in die beiden Hauptstadien: Urtheilsfällung und Zwangsvollstreckung.

Dem Urtheil muß, damit es nicht willkürlich sei, in der Regel eine Verhandlung voraufgehen. Daß es schon genügt, wenn beiden Theilen, dem Verpflichteten und demjenigen, welchem er verpflichtet ist, genugsam Gelegenheit gegeben ist, Alles zur Sache Gehörige

vorzubringen und zu beweisen, findet seinen Grund in dem Bedürfniß einer die Fortrückung des Rechtsstreits ermöchlichenden Prozeßordnung. Wenn einer Parthei Gelegenheit gegeben ist, sich vernehmen zu lassen und sie sich doch nicht vernehmen ließ, so treten gewisse Rechtspflichten des Richters ein (z. B. muß er nun etwas, worüber die Erklärung des Gegners mangelt, als zugestanden annehmen), welche den Fortgang der Sache bezwecken.

Die Verhandlung ist heut zu Tage in der Regel in ein s. g. erstes Verfahren, vorzugsweis Verhandlungsverfahren genannt, und ein Beweisverfahren getrennt.

Es wurde schon oben S. 36 bemerkt, daß alle Rechtspflichten in ihrem Entstehen und Vergehen nothwendig an Ereignisse, in ihrem Bestehen an Zustände geknüpft sein müssen. Diese Ereignisse und Zustände, diese **facta** müssen von den Partheien behauptet und bewiesen werden. Die Partheien müssen dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit derselben verschaffen. Zur inneren Ueberzeugung von der Wahrheit eines Factums gelangt aber der Richter, wie jeder Mensch, nur durch Schlußfolgerungen. Was wir zu beobachten glauben, ist gewöhnlich ein zusammengesetzes Resultat, wovon $1/10$ beobachtet und die übrigen $9/10$ gefolgert sein können. Ich behaupte z. B. ich höre die Stimme eines Menschen. In gewöhnlicher Sprache würde dies als directe Wahrnehmung gelten. Die wirkliche Wahrnehmung war indeß nur eine gewisse Sensation des Ohrs, daß der Ton die Stimme eines Menschen ist, ist keine Beobachtung sondern ein Schluß. [1]) So trivial dies für den Philosophen ist, so scheint es doch dem gemeinen Manne höchst seltsam und im gewöhnlichen Leben hat die Auffassung des gemeinen Mannes, nach welcher die nächsten unmittelbarsten Folgerungen aus einer Wahrnehmung selbst als Wahrnehmung erscheinen, ihren guten Grund. Wie die Mathematiker, wenn sie eine längere Formel oft gebrauchen müssen, einen kurzen Ausdruck für dieselbe bilden und ohne dies Verfahren ihre Rechnungen sehr erschwert, ja bald sogar unmöglich gemacht würden, so vermeidet auch die Sprache des gewöhnlichen Lebens unerträgliche Wiederholungen dadurch, daß sie den Ausdruck abkürzt. Es wäre unerhört lästig, sich allemal des

---

1) S. J. St. Mill, ind. Log. S. 424.

Namens der Menschen und Dinge zu bedienen, man bedient sich daher vielfach der Fürwörter; es wäre unerhört lästig jedesmal zu sagen: ich hatte eine Sensation des Ohrs und aus derselben schloß ich, daß 2c. 2c., der Richter schloß aus einer Sensation, daß die Parthei das und das sagte, das und das einräumte 2c. 2c. Für das praktische Leben hat diese philosophische Analyse nicht die allermindeste Bedeutung und man kann ohne irgend welchen Nachtheil die nächsten unmittelbarsten Folgerungen aus Sinneswahrnehmungen getrost als directe Beobachtung bezeichnen und auffassen. Das geschieht denn auch im Prozeß. Man bezeichnet die Schlußfolgerung, welche das tägliche Leben schon als directe Beobachtungen bezeichnet und auffaßt, auch hier als directe Beobachtung und die ist, außer wenn Gründe vorhanden sind, aus denen eine Sinnestäuschung wahrscheinlich ist, allemal überzeugend. Nur die entfernteren Schlußfolgerungen, welche zur Ueberzeugung von der Wahrheit eines Factums führen, erkennt und bezeichnet man auch im Prozeß als Schlußfolgerungen. Diese sind aber von äußerst verschiedener Zuverlässigkeit; während sie mitunter nur eine schwächliche Vermuthung begründen, können sie andererseits die allerfesteste Ueberzeugung hervorrufen.

Hinsichtlich der entfernteren Schlüsse sind vielfach vom Recht gewisse Bedingungen vorgeschrieben, unter denen sie allein für hinlänglich sicher gelten sollen, ohne deren Vorhandensein die richterliche Ueberzeugung nichts gelten soll und bei deren Vorhandensein der Schluß gezogen werden soll, bei deren Vorhandensein der Richter verfahren soll, wie wenn er überzeugt wäre. Bei guten Beweisgesetzen sind freilich diese Bedingungen der Art, daß bei ihrem Vorhandensein auch jederman den Schluß ziehen und überzeugt sein würde. Wenn ein Zeuge vor dem Richter aussagt, er habe eine Thatsache wahrgenommen, so schließt der Richter hier zunächst die wirkliche Aussage aus seiner Nervensensation; von diesem Schluß wird abgesehen und die Aussage als wahrgenommen betrachtet. Nur bei einer Sinnestäuschung wäre es möglich, daß jene Aussage nicht gemacht wäre. Weiter aber schließt der Richter aus der wirklichen Aussage auf die Wahrheit der Thatsache; dieser Schluß ist unsicher. Der Zeuge schloß auch aus einer bloßen Sensation; auch hier kann eine Sinnestäuschung vorgekommen sein und hier kennt der Richter obendrein nicht einmal die näheren Umstände, die eine

solche wahrscheinlich oder unwahrscheinlich machen können. Der Schluß von der wirklichen Aussage auf die wirkliche Thatsache ist ferner darum und hauptsächlich darum unsicher, weil man nicht wissen kann, ob der Zeuge nicht inzwischen schon wieder einiges vergessen hat, oder ob nicht seine Einbildungskraft die Wahrheit in seinem Gedächtniß verwischte, oder ob der Zeuge nicht gar absichtlich die Unwahrheit sagte. Es bedarf noch weiterer Umstände, um die Aussage zuverlässig zu machen. Zeuge erzählt also den Fall umständlich ohne daß die Vermuthung einer Sinnestäuschung entsteht oder Unwahrscheinlichkeiten oder offenbare Lügen zu Raum kommen. Zeuge erhärtet auch seine Aussage eidlich und es ergiebt sich, daß Zeuge die Heiligkeit des Eides kennt und achtet, so daß anzunehmen ist, die Aussage sei achtsamer, aufmerksamer und mit möglichst genauer Vergegenwärtigung der Sinneswahrnehmung und ohne absichtliche Unwahrheit gemacht; auch stellt sich weiter heraus, daß die gewöhnlichsten Gründe, die den Zeugen zu einer wissentlichen Unwahrheit, oder auch nur zu einer unbewußten Partheilichkeit bringen können, nicht vorliegen; endlich wird noch ein zweiter Zeuge vernommen, dessen Aussage mit der des ersten genau übereinstimmt und bei dem sich gleiche Umstände herausstellen. Der Schluß des Richters von den Aussagen auf die Wahrheit der Thatsache ist jetzt beinah so sicher, wie wenn er die letztere selbst wahrgenommen hätte. Unter diesen Umständen schreibt ihm daher das Staatsrecht vor, den Schluß zu ziehen und den Beweis für geführt anzunehmen, wenn nicht noch besondere triftige Zweifelsgründe vorliegen; [1]) sowie es ihm umgekehrt vorschreibt: wenn an diesen Bedingungen etwas fehlt, z. B. die Beeidigung, den Beweis für noch nicht vollständig geführt anzusehen. Beim Zeugenbeweis ist also die Schlußfolgerung, die Ueberzeugung des Richters an gewisse Bedingungen geknüpft und ganz ebenso ist es hinsichtlich der bei den anderen gewöhnlichen Beweismitteln vorkommenden entfernteren Schluß-

---

1) Sollte trotz der größten Vorsicht des Beweisgesetzes sich ein Fall ereignen, in dem alle Bedingungen des Gesetzes erfüllt sind und der Richter dennoch aus Gründen zweifelt, aus denen jeder vernünftige Mann zweifeln würde, so glaube ich, liegt es nicht im Sinne des Beweisgesetzes, den Richter auch für diesen Fall zu binden.

folgerungen, so namentlich auch hinsichtlich des Schlusses von dem Dasein einer Urkunde auf die Wahrheit des in derselben constatirten rechtlich relevanten Factums [1]) und von dem Gutachten der Sachverständigen auf die Wahrheit des von denselben geschlossenen Factums, nur daß der Richter beim Beweise durch Sachverständige natürlich nicht in dem Maaße gebunden werden kann, wie beim Beweise durch Zeugen und Urkunden, und daß bei ersterem leichter und öfter Fälle vorkommen können, in denen der Richter nicht überzeugt ist, trotz des Daseins der gesetzlichen Erfordernisse. Freilich gewöhnlich hält sich der Richter auch an den Schluß, an das Gutachten der Sachverständigen, allein während er, wenn er z. B. aus der öffentlichen Urkunde schließt, daß das darin bezeugte Factum wirklich geschehen, dies thut, weil jedermann davon überzeugt sein und diesen Schluß machen würde, nimmt er oft das von Sachverständigen Geschlossene für wahr an, weil er selbst nichts davon versteht, weil er selbst den sachverständigen Schluß gar nicht zieht und einzig daraus seine Folgerung macht, daß Personen denen er Sachverstand zutraut, von denen er überzeugt ist, daß sie den betreffenden Sachverstand haben und welche die gesetzlichen Bedingungen der Sachverständigen erfüllen, der Meinung waren. Dies genügt ihm, überzeugt zu werden und muß ihm genügen, denn was sollte weiter noch geschehen? Hat er selbst mehr oder weniger von dem betreffenden Sachverstand, [2]) so wird es leichter vorkommen, daß er durch das Gutachten nicht überzeugt wird; er entdeckt vielleicht selbst einen Mangel an dem Schluß der Sachverständigen (z. B. bei der Vergleichung von Unterschriften) und er kann nicht gebunden werden gegen seine motivirte Ueberzeugung den Beweis für geführt anzunehmen, es sei denn, daß der Oberrichter seine Motive nicht billigt. Daher hat auch der

---

1) Beim Haupteid freilich kommt ein solcher Schluß gar nicht vor, denn die Eidesdelation ist ein bedingter Verzicht oder Vertrag und dies rechtlich relevante Factum wird durch richterliche Sinneswahrnehmung bewiesen.

2) Wir werden gleich unten sehen, daß die Grenze zwischen sach= oder kunstverständigem und allgemein menschlichem Schluß überhaupt nicht scharf ist, daß zwischen den Fragen, die entschieden von jedem klar denkenden Menschen und diejenigen, die entschieden nur von Menschen eines besonderen Berufes beurtheilt werden können, zahlreiche Fragen in der Mitte liegen, für deren Beurtheilung weder eine so enge Klasse von Menschen allein competent ist, noch auch jedermann.

Richter, wie er darüber entscheidet, ob eine Person zum Sachverständigen geeignet ist, ob sie grade die zur Sprache kommende Kenntniß hat, auch darüber zu entscheiden, ob überall Sachverständige zugezogen werden sollen. Wenn er ohnedies überzeugt ist, hat er es nicht nöthig, obwohl der Oberrichter ihn reformiren muß, wenn er sich Sachverstand beimaß, den er als Richter noch nicht hat,[1]) wenn er Folgerungen machte und urtheilte, wo ein besonderer dem Richterstande nicht beiwohnender Sachverstand erforderlich ist. Kein Mensch wird behaupten, in jedem Falle müsse die Zurechnungsfähigkeit, ohne welche ja doch die Dispositionen keine rechtwirkende Kraft haben, erst besonders durch Sachverständige bewiesen werden und keiner wird behaupten, daß der Richter allemal allein ein genügendes Urtheil über die Zurechnungsfrage zu fällen fähig sei. In den mehrsten Fällen denkt der Richter gar nicht an sie und ist gleichsam unbewußt von der Zurechnungsfähigkeit überzeugt; und selbst wenn Zweifel sich erheben, so können dieselben von der Art sein, daß jeder Richter sie entscheiden kann, sei's, daß er die Zurechnungsfähigkeit, sei's, daß er die Unzurechnungsfähigkeit annimmt, nur in besonderen Fällen reicht die Prüfung des Richters nicht aus; wann ein solcher Fall vorliegt, hat er allein zu entscheiden; nur kann allerdings der Oberrichter anderer Meinung sein und die Zuziehung von Aerzten für nöthig halten, wo der Unterrichter sie für überflüssig achtete, oder für überflüssig und das Gutachten für verkehrt, wo der Unterrichter sie für nöthig hielt und sich an das Gutachten band.

Hat denn aber der Sachverständige nur Schlüsse zu ziehen, nur zu urtheilen? Das ist vielfach bezweifelt und man hat die Sachverständigen in wahrnehmende und urtheilende Sachverständige eingetheilt und den Beweis durch die ersteren dem Zeugenbeweise zu äquipariren versucht. Allein mit Unrecht. Die Sachverständigen

---

1) Ob er persönlich durch besondere Studien den Kunstverstand sich angeeignete, ist ganz gleichgültig; davon ist hier keine Rede; ein solcher Richter muß trotzdem Sachverständige zuziehen und auf seine nicht zum Richterberufe gehörenden, im Richterberufe sich nicht findenden Kenntnisse ist gar keine Rücksicht zu nehmen; dieselben sind durchaus als nicht vorhanden zu betrachten; es fragt sich immer nur, ob der Sachverstand dem Richter als solchem beiwohnen muß oder nicht.

können allerdings zugleich wie Zeugen Wahrnehmungen und die nächsten unmittelbarsten Folgerungen aus denselben machen, bei denen wir übereingekommen sind, davon abzusehen, daß es Folgerungen sind, und insoweit gelten von ihnen alle Vorschriften über Zeugen, weil sie in Wirklichkeit soweit nur Zeugen sind. Insoweit aber die Sachverständigen wirklich als Sachverständige thätig sind, haben sie stets zu urtheilen und blos wahrnehmende Sachverständige giebt es daher überall nicht. Wenn z. B. ein Chemiker der in einer Leiche Arsenik beobachtet, von der hergebrachten Theorie ein blos wahrnehmender Sachverständiger genannt wird, so denke man sich denselben Fall so: nicht sachverständige Personen sagen aus, sie hätten in der Leiche weißliche Körner von der und der näheren Beschaffenheit gefunden. Es wird ein Chemiker zugezogen und befragt: er sagt, das sei Arsenik gewesen — und man wird ihn nun doch sicherlich einen urtheilenden Sachverständigen nennen. Warum nicht im ersten Fall, in dem er doch dieselbe Verstandesoperation vornehmen muß? Wenn der Chemiker zugezogen wird, damit er erst das Gift entdecke, welches andere nicht entdecken würden, so ist diese voraufgehende Geistesthätigkeit allerdings noch kein Schließen, aber auch noch kein Wahrnehmen, sondern ein Suchen nach wahrzunehmenden Merkmalen, aus denen sich ein vermutheter Schluß ziehen läßt, resp. ein Suchen nach einem Schluß, der sich aus den wahrgenommenen Merkmalen ziehen läßt, ähnlich der Geistesthätigkeit des Juristen, der Facta, unter das Gesetz zu subsumiren bemüht ist. Immer ist eine Beziehung zu einer Schlußfolgerung da, um die es sich handelt, die nachher gezogen wird und die bei der Zeugenwahrnehmung fehlt. Ohne diesen Schluß wäre die ganze Wahrnehmung irrelevant. Das Wahre ist also, daß es neben blos urtheilenden Sachverständigen auch solche giebt, welche zugleich Zeugen sind, d. h. welche die Facta aus denen der Schluß gezogen wird, selbst wahrnehmen. Soweit die bloße Wahrnehmung zu constatiren ist, muß den anderweitigen Beweisregeln Genüge geschehen, also die Bedingungen des Zeugenbeweises, oder was hier das Gewöhnlichere ist, des Beweises durch richterliche Sinneswahrnehmung müssen erfüllt sein.

Freilich neben den Sachverständigen, von denen bisher die Rede war, giebt es noch eine andere Klasse, diese gehört aber gar nicht hierher. Der Dolmetsch, der die fremde Sprache der Parthei ver-

dolmetscht, der Uebersetzer, der sie in die Sprache des Richters übersetzt, sind auch Sachverständige. Allein sie bewahrheiten nicht einen Schluß, der gezogen werden muß, um von den Factis zum Petitum resp. zur Sachentscheidung zu kommen; sie sagen nicht, das was die Parthei da aussagt, was sie gefolgert hat, oder was der Strafrichter folgerte, ist richtig oder unrichtig gefolgert, sondern sie machen nur das Vorbringen und zwar all und jedes Vorbringen der Partheien resp. Zeugen dem Richter verständlich, sie dienen nicht dazu, um etwas zu beweisen, sondern nur, um etwas, mag dies nun richtig oder unrichtig, relevant oder irrelevant, mag es bloße Behauptung oder Beweisführung sein, dem Richter erst zugänglich zu machen; auch sie urtheilen, daß z. B. dies und das in der Sprache des Richters das und das bedeute; allein dies Urtheil kommt gar nicht in Betracht, denn es ist kein Zwischenglied zwischen Factum und Entscheidung, sondern nur eine die Materialien gar nicht berührende Vorbereitung. Uebrigens sind die Bedingungen, unter denen der Richter diesen erklärenden Sachverständigen Glauben schenken darf, keine anderen wie bei den beweisenden Sachverständigen und ist daher eine Klassification der Sachverständigen eigentlich überall nicht von praktischer Bedeutung.

Worin unterscheidet sich nun das sachverständige Urtheil von dem allgemein menschlichen? Unser Chemiker suchte nach einem Schluß, der sich aus dem, was er wahrnahm, ziehen ließ, oder er suchte nach den Merkmalen, aus denen sich ein von ihm vermutheter Schluß ziehen ließ. Kenntniß der Merkmale der Stoffe und Uebung in der Herausstellung und Auffindung solcher Merkmale ist das Besondere, was seine Thätigkeit zu einer sachverständigen macht. Von Haus aus ist auch sie eine allgemein menschliche, denn jeder, der weiß: der und der Stoff hat die und die Eigenschaften und erhält mit den und den Reagentien so und so behandelt die und die Eigenschaft, — könnte die Prüfung machen und wenn er weiß: Arsenik hat die und die Merkmale, — so würde er diese wahrnehmen und aus der Wahrnehmung auf das Vorhandensein von Arsenik schließen. Jedermann kennt nun aber nicht die Merkmale, noch hat er die Uebung darin, dieselben zur Erscheinung zu bringen. Es ist dies eben wie mit dem Sachverstand der Juristen. Von Haus aus sind die juristischen Schlüsse ganz allgemein menschliche Schlüsse; sie kommen nur bei

Juristen besonders vor, werden von ihnen besonders geübt und ihre Prämissen sind den Juristen besonders bekannt. Gesetzeskenntniß und Uebung in der Auffindung der Prämissen eines Schlusses oder eines für die Prämissen passenden Schlusses, kurz Uebung in der Anwendung der Rechtssätze allein sind das Besondere, was die Geistesthätigkeit des Juristen zu einer kunstverständigen macht.

Die entfernteren Folgerungen sind also, wie wir sahen, entweder allgemein menschliche oder sachverständige und es könnte sich fragen, ob die Partheien dieselben dem Richter vordeduciren müssen, oder ob letzterer sie suppliren, gleichsam die Lücke ausfüllen muß. Ohne Zweifel hat, wie wir schon sahen, der Richter, auf dessen Ueberzeugungen es ja immer ankommt, das Recht und die Pflicht, die allgemein menschlichen und sachverständigen Schlüsse, wenn die Partheien sie vordeducirten, nochmals nachzuprüfen, grade wie er die sachverständigen Schlüsse, welche der Sachwalt der Parthei ihm vordeducirte, um von den Thatsachen zum Petitum zu gelangen, nachzuprüfen hat. Diese Rechtsdeductionen brauchen und können aber gar nicht alle dem Richter ausdrücklich dargelegt zu werden. Viele verstehen sich so von selbst, daß ihre Ausführung rein unsinnig wäre. Ebenso können nun auch die allgemein menschlichen oder sachverständigen Schlußfolgerungen [1]), die zwischen den direct bewiesenen oder zu beweisenden Thatsachen und den Thatsachen liegen, an welche sich der juristische Schluß anknüpft, ausgelassen sein. Daß es für die Parthei meist sehr gerathen ist, die ungewöhnlicheren, bedeutenderen Schlüsse dem Richter vorzulegen, gilt auch für die Rechtsdeduction, obwohl für die nichtjuristische sachverständige Deduction ganz

1) Alle nicht juristischen Schlüsse geben den Stoff zur Thatfrage, also auch die sachverständigen; die Rechtsfolgerungen geben den Stoff zur Rechtsfrage. Die Thatfrage, um diesen Ausdruck aus dem Strafproceß zu entlehnen, ist die Frage, ob der allgemein menschliche oder sachverständige Schluß richtig ist, die Rechtsfrage die Frage, welcher juristisch-sachverständige Schluß zu ziehen ist. Der Richter hat nicht blos die Rechtsfrage zu beantworten, sondern auch die Thatfrage, wenigstens die schon vorliegende Beantwortung nachzuprüfen.

besonders. Der Richter hält das Begehren der Parthei sonst leicht für unbegründet.

Also selbst wenn die Parthei den sachverständigen Schluß, der die nothwendige Brücke von ihren Behauptungen zu dem Rechtsschluß bildet, nicht ausdrücklich gezogen hat, so schadet ihr das nicht; allein der Richter muß, wo der Beweis durch Sachverständige nicht zum officiellen geworden ist, ihr auferlegen, die Richtigkeit jenes Schlusses, also die Wahrheit der von ihr nicht gefolgerten, aber zu folgernden Thatsachen, welche erst die Prämissen des juristischen Schlusses hergeben, zu beweisen.

Es wurde schon angedeutet, daß es neben den die richterliche Ueberzeugung begründenden und an gewisse Bedingungen durch das Recht gebundenen Schlußfolgerungen immer noch solche giebt, welche auch die Ueberzeugung des Richters begründen, aber schlechterdings nicht an gewisse Bedingungen gebunden werden können. Daß der Schluß von der Zeugenaussage oder von dem Dasein der Urkunde auf die Wahrheit des betreffenden Factums nur unter gewissen Bedingungen gemacht werde, kann vorgeschrieben werden, da er so oft wiederkehrt; wenn aber z. B. der **A** seine Uhr, die er dem Uhrmacher zur Reparatur übergab, nachher an den **B** verschenkt hat, so folgt hieraus unumstößlich, daß **A** die Uhr inzwischen auf irgend einem Wege zurückbekommen hat und solche nicht wiederkehrende, bald mehr bald weniger sichere Schlüsse lassen sich nicht an andere Bedingungen als die allgemeinen Regeln logischer Schlüsse binden. In der That kommt es denn auch tausendfach vor, daß die Rechtsfolgerung unbedenklich an ein Factum geknüpft wird, welches erst aus durch Zeugen oder sonstige formelle Beweismittel erhärteten factis folgt, ja welches nicht einmal immer aus schon bewiesenen, sondern oft nur aus wahrscheinlichen Factis folgt, von deren Wahrheit der Richter also nicht einmal vollkommen überzeugt ist, [1]) denn aus mehreren Wahrscheinlich-

1) Im alltäglichen Sprachgebrauch nennt man jedoch oft schon das Ueberzeugung, was nur vage Vermuthung ist. Die feste innere Ueberzeugung, die aus einer höchsten Wahrscheinlichkeit hervorgeht, ist etwas durchaus Anderes. Um diese zu gewinnen, muß man prüfen, und die Prüfung stellt die Zweifel heraus und macht die Ueberzeugung wankend oder befestigt die Vermuthung und erhöhet die Wahrscheinlichkeit.

keiten kann oft ein sicherer Schluß gezogen und der Richter vollkommen von der Wahrheit des geschlossenen Factums überzeugt werden, wenn auch die Vereinigung mehrerer Wahrscheinlichkeiten in anderen Fällen nur wieder zu einer neuen und zwar geringeren Wahrscheinlichkeit führt. [1])

Uebrigens ist es wahr, daß der Indicienbeweis im Civilproceß lange die Bedeutung nicht hat, wie im Strafproceß. Die Menschen sorgen bei Aenderungen von Civilrechtspflichten vielfach im Voraus für den etwaigen Beweis, während das Verbrechen nicht vor zwei Zeugen zu geschehen pflegt und in zweifelhaften Fällen greift die Civilproceßparthei, wenn sie keine anderen Beweismittel hat meist zur Eidesdelation, macht also die Entscheidung durch eigene Willensdisposition von der Eidesleistung des Gegners abhängig. Die freie Schlußfolgerung kommt daher im Civilproceß meist nur da vor, wo sie offenbar und zweifellos ist und es wird begreiflich, woher sich der Indicienbeweis in den Civilproceßlehrbüchern so sehr versteckt.

---

1) J. St. Mill, ind. Logik S. 368: „der Typus des ersten Falles ist: die meisten A sind B, die meisten B sind C, dieses Ding ist zugleich ein A und C, daher ist es wahrscheinlich ein B. Der Typus des zweiten ist: Die meisten A sind B, die meisten C sind A, dieses ist ein C, daher ist es wahrscheinlich ein A, daher ist es wahrscheinlich ein B. Das erste wird durch den Fall erläutert, wenn wir eine Thatsache durch die Aussage zweier Zeugen, die nicht in Verbindung stehen, beweisen; das zweite, wenn wir die Aussage eines Zeugen anführen, der das Ding von einem anderen behaupten hörte. Oder in der ersten Weise kann auch geschlossen werden, daß der Angeklagte das Verbrechen beging, weil er sich verbarg und seine Kleider mit Blut befleckt waren; in der zweiten, daß er es beging, weil er seine Kleider wusch oder verbrannte, was es, wie man annimmt, wahrscheinlich macht, daß sie mit Blut befleckt waren. Anstatt von nur zwei Gliedern, wie in diesen Fällen, können wir eine Reihe von irgend einer Länge annehmen. Eine Kette der ersten Art nannte Bentham eine sich selbst bekräftigende, die zweite eine sich selbst schwächende Kette."

Es ist übrigens nicht meine Meinung, daß der Richter Logik studirt haben müsse, so wenig wie ich meine, daß die Entscheidungsgründe jedes Rechtsspruchs auf die Elemente des Rechts zurückgehen müssen, daß sich der Practiker immer der letzten Analysen bewußt sein müsse, daß überhaupt ein Mensch alles, was er thut, reflectirend und mit dem Bewußtsein des letzten Warum thun müsse oder auch nur könne. Das Studium der Logik dient nicht mehr und nicht weniger

Die Trennung des ersten Hauptstadiums des Civilprozeßes in das Verhandlungs- und Beweisverfahren ist nicht so zu verstehen, als ob nicht auch im ersten Abschnitt schon die richterliche Ueberzeugung begründet und im zweiten nicht noch factische Behauptungen aufgestellt werden könnten. Die richterliche Ueberzeugung kann schon im ersten Abschnitt durch Geständniß, Notorietät, Indicien begründet werden und umgekehrt kann es vorkommen, daß eine Parthei, um den Richter von der Wahrheit oder Unwahrheit eines Factums, welches Bedingung des Beweises ist, zu überzeugen, noch besondere Behauptungen in der Beweis-Instanz aufstellt und es ließe sich sogar unter Umständen eine förmliche Unterbeweisführung über die Wahrheit dieser facta denken. Es wäre dies aber immer ein besonderes Incidentverfahren und die eben genannten Beweismittel bedürfen nicht der Vornahme besonderer Handlungen, die eigens zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung von den zu beweisenden factis dienen; sie sind daher aus dem Kreise der eigentlich s. g. Beweismittel ausgeschlossen. Nicht jede Begründung der richterlichen Ueberzeugung wird Beweis genannt, sondern nur diejenige, welche noch besonderer Vornahmen bedarf: die richterliche Sinneswahrnehmung, wenigstens oft, die Zeugen- und Sachverständigen-Production, die Eidesleistung.

Auf das Urtheil, welches noch wiederholter Prüfung unterliegt, folgt das zweite Hauptstadium des Prozesses: die Zwangsvollstreckung. Die Zwangsvollstreckung geschieht indirekt durch Androhung einer Strafe und diese Strafgewalt des Civilrichters ist in mancher Beziehung der polizeilichen Strafgewalt ähnlich, namentlich sind beide nicht ursprünglich gegeben, sondern nur damit die Zwecke sonstiger Staatsrechtspflichten (der Polizeibehörde und des Richters) erreicht werden können. Oder die Zwangsvollstreckung geschieht direkt, insbes. durch Befriedigung des Berechtigten aus dem Vermögen des Verpflichteten. Es liegt in der Natur der Dinge, daß der Zwang nicht sogleich vollstreckt wird, sobald das Urtheil gefällt ist: vor der wirklichen Zwangsvollstreckung erhält der Verurtheilte eben erst Befehle, binnen einer Frist seiner Pflicht zu genügen, widrigenfalls der Zwang vollstreckt werde.

---

dazu, den Menschen logischer zu machen, als eine gründliche Interpretation der alten Classiker, als das Studium der Mathematik, der Jurisprudenz, der Volkswirthschaft, der Naturwissenschaften 2c.

(Paritionsfrist). Diese Mandate bei Strafe der Execution enthalten gewissermaßen auch einen, wenn auch milderen Zwang, mit dem es zuerst versucht wird und ihre Erlassung kann daher in soferne auch schon als zur Zwangsvollstreckung gehörig betrachtet werden. Das erste wird gewöhnlich schon mit dem Urtheil verbunden, indem dasselbe nicht blos: „der Beklagte ist schuldig," sondern: „der Beklagte ist schuldig, binnen der und der Frist das und das zu thun" lautet, was soviel besagt als: „der Beklagte ist verpflichtet und dem Beklagten wird anbefohlen das und das zu thun." Das letzte Mandat wird gewöhnlich in Form einer Verwarnung durch das Gericht oder dessen Executor erlassen. Natürlich gehen der indirecten Execution also der Androhung einer Strafe weniger oder keine solche Mandate vorauf. Die indirekte Zwangsvollstreckung führt dann wieder weiter entweder zu einer direkten (bei Androhung von Geldstrafen) oder zu einer reinen Strafvollstreckung (bei Androhung von Gefängnißstrafen). Es sind demnach folgende Abschnitte zu machen:

1. die Urtheilsfällung in einer oder mehreren Instanzen mit voraufgehender Verhandlung und Beweisführung,
2. die Zwangsvollstreckung, [1]) nämlich
   A. Mandate **sub praejudicio executionis,**
   B. wirkliche Zwangsvollstreckung und zwar
   a. indirekte durch Androhung einer Strafe
   b. direkte, durch wirklichen Vollzug des endlichen Nachtheils, insbes. durch Befriedigung des Siegers aus dem Vermögen des Besiegten.

Nun könnte es vorkommen, daß die Existenz einer Privatrechtspflicht und ihrer Verletzung auch ohne voraufgehende Verhandlung für den Richter gewiß wäre, wie dies bei allen, den richterlichen Pflichten correspondirenden Gehorsamspflichten der Privaten dem Richter gegenüber der Fall ist, also überall wo die Zwangsvollstreckung in der Androhung und Vollziehung besonderer prozessualischer Nachtheile besteht. Freilich wird hier die betreffende Pflicht erst durch den Willen des Richters begründet, aber indem der Richter z. B. sagt: „Du hast nun Deine Vernehmlassung binnen 14 Tagen

---

1) Daß man den Ausdruck „Zwangsexecution" auch in einem engeren Sinne braucht, ist bekannt.

einzureichen", verbindet er mit der Begründung der Pflicht zugleich einen indirekten Zwang zu ihrer Erfüllung. Ein Streit darüber, ob die Pflicht wirklich besteht, ist hier nicht möglich, es kann nur darüber gestritten werden, ob die Pflicht überhaupt hätte begründet werden sollen, was freilich mit der Frage zusammenfällt, ob der in dem Befehle liegende Zwang gerechtfertigt ist. Nur hierüber cognoscirt und urtheilt der Richter und findet er, daß die Bedingungen, die dazu erforderlich sind, vorliegen, so begründet er die Pflicht und erläßt das Mandat. Verhandlung kann also nur über die Existenz jener Bedingungen gestattet sein. Ging diese Verhandlung dem Mandat voraus, so ist abgesehen von etwaigen Rechtsmitteln mit demselben die Sache zu Ende, ging die Verhandlung über die Existenz der Bedingungen nicht voraus, wie dies in diesen Fällen wohl immer nothwendig ist, so muß dieselbe doch stets nachfolgen dürfen. Das das Impugnationsverfahren dann beendigende confirmatorische oder Inhäsivdecret bestätigt das in der Erlassung des Befehls stillschweigends liegende Urtheil über die Existenz der erforderlichen Bedingungen, das das Mandat wiederaufhebende Decret nimmt jenes Urtheil wieder zurück. Mit diesem Dekret ist alles auf den Punkt gebracht, auf dem es stände, wenn die Verhandlung darüber voraufging, ob die Bedingungen der Erlassung des Mandats, oder was dasselbe sagt, der Begründung der Pflicht vorlagen oder nicht.

Natürlich kann hier, wo Begründung der Pflicht und Zwangsvollstreckung zusammenfallen, nicht die direkte Exekution gemeint sein. Der direkten Exekution, der endlichen, wirklichen Vollstreckung eines prozessualischen Nachtheils, muß ein diesen Nachtheil androhendes Mandat voraufgehen. Da aber die prozessualischen Pflichten überhaupt nur der Privatrechtspflichten wegen da sind und über diese der Wille, wie wir schon sahen, vielfach frei disponiren kann, der Richter daher in der Regel den Antrag der Parthei abwarten soll, so muß der Purifikation auch noch die accusatio contumaciae voraufgehen. Wo die Verhandlungsmaxime indeß einmal bei Seite gestellt ist und der Richter ex officio das Präjudiz zu purificiren hat, braucht man nur einen Schritt weiter zu gehen und einen Rechtssatz zu denken, wornach von der Pflichterfüllung des Richters in dem letzten Fall nichts mehr abhängen, wornach vielmehr der Nachtheil eo ipso eintreten soll und man ist zu dem Begriff der

prozessualischen Desertion gelangt. Daß Gesetzgeber oder Gewohnheitsrecht, wenn sie sich bald der Desertion, bald der Contumaz bedienten, ein besonderes Princip befolgt haben, darf man annehmen. Daß grade die Einreichung der Vernehmlassung vom Richter auf Antrag der Gegenparthei und die Beweisantretung vom Gesetze präkludirt wird, scheint zwar principlos zu sein; allein da die Erfahrung lehrt, daß in den ersten Stadien des Prozesses noch am meisten Willensdispositionen der Partheien vorkommen, so ist es natürlich, daß denselben grade in diesen Stadien der Spielraum am wenigsten beschränkt und die Desertion, welche die Fortrückung beschleunigt, aber mit dem Verhandlungsprincip im Kampf steht, hier am wenigsten zur Anwendung gebracht ist.

Nun giebt es zwar keine Fälle, in denen auch das Dasein von Privatrechtspflichten und ihrer Verletzung ohne Verhandlung und Urtheil für den Richter gewiß ist, allein es giebt Ausnahmsfälle, in denen derselbe aus besonderen Gründen (nicht allein wegen Gefahr im Verzuge) Pflicht und Pflichtverletzung einstweilen als gewiß annehmen soll; in diesen Fällen tritt daher auch etwas durchaus Aehnliches wie bei den Prozeßrechtspflichten ein. Der Richter muß auch hier alsbald mit der Zwangsvollstreckung beginnen, also auf die Imploration mit präjudiciellen Mandaten [1]), ja hier sogar öfters gleich mit der directen Zwangsvollstreckung vorgehen.

Unter gewissen Bedingungen ist man nämlich verpflichtet, einem Anderen Sicherheit zu geben, besonders wenn Gefahr vorhanden ist, daß man sonst seine anderweiten Pflichten gegen diesen Anderen nicht erfülle und daß man dann auch von der Behörde überhaupt oder doch ohne große Schwierigkeit nicht werde zur Pflichterfüllung gezwungen werden können. Der Richter soll hier alsbald eine Verfügung erlassen, durch welche dieser Pflicht der Sicherstellung wirklich genügt wird, ohne voraufgehendes Mandat, der Pflicht zu genügen d. h. es soll mit der direkten Zwangsvollstreckung begonnen werden.

Streit und Verhandlung ist zunächst nur darüber zulässig, ob die Bedingungen vorliegen, unter welchen der Richter die Pflicht einstweilen als bestehend annehmen und sogleich mit dem Zwang beginnen soll.

---

1) So z. B. auch wenn Besitzesstreitigkeiten sich zum außerordentlichen Verfahren (s. g. possessorium summariissimum) qualificiren.

Ging die Verhandlung dem Mandate vorauf, so nennt man das alsbaldige Verfahren mit Mandaten Executiv-, folgte sie ihm als Impugnation nach, so nennt man es Mandatsprozeß. Die executivische Maßregel mit dem darauf folgenden Impugnationsverfahren hat äußerlich Aehnlichkeit mit einem Rechtsmittelverfahren, weil die Verhandlung auch gegen ein schon vorhandenes Urtheil, nämlich gegen das in der Maßregel liegende Urtheil, daß die erforderlichen Bedingungen jener vorliegen, gerichtet ist, welches sie zu reformiren respective aufrecht zu erhalten trachtet, in Wirklichkeit aber ist es die Nachholung einer erstinstanzlichen Verhandlung. Durch das Impugnationsverfahren wird alles auf den Stand gebracht, auf dem es sich befände, wenn die Imploration dem Gegner zur Vernehmlassung communicirt, dann replicirt, Beweis geführt und erkannt wäre darüber, ob die Bedingungen sofortiger Execution vorlagen oder nicht.

In allen diesen Fällen aber werden die connexen Civilrechtsverhältnisse, um die es sich zuletzt hauptsächlich handelt, entweder nur provisorisch festgestellt oder überall gar nicht berührt. Dem Imploraten steht es außer der Impugnation der executivischen Verfügung noch frei, nachher im gewöhnlichen Wege seine Nichtpflichtigkeit darzuthun, d. i. das **separatum ordinarium**, welches, wie schon das Impugnationsverfahren **ex officio** an den außerordentlichen Prozeß herangezogen oder dessen Anhängigmachung dem Verhandlungsprincip gemäß dem Imploraten überlassen werden kann. Beim Arrestprozeß ist daher begrifflich zu unterscheiden: 1. die Impugnation, welche behauptet, die Bedingungen der Arrestverfügung hätten nicht vorgelegen, oder lägen nicht mehr vor, 2. das **ordinarium** über die Pflicht zur Sicherstellung eines Anspruchs, zu dem es aber wegen der Impugnation **sub 1** und wegen 3. des **ordinarium's** über die sicherzustellende Rechtspflicht nicht kommt. Eine allgemeine sehr angemessene Vorbedingung jeder außerordentlichen Procedur ist es, daß das Dasein der Privatrechtspflicht, um deren Erzwingung es sich handelt, und ihrer Verletzung nicht blos nicht unwahrscheinlich sein darf, sondern in der Regel auch vom Imploranten in seiner Imploration einigermaßen wahrscheinlich gemacht sein muß; doch muß, wenigstens da, wo so große Gefahr im Verzuge ist, daß das Recht sogar mit direkter Zwangsvollstreckung vorzugehen gebietet, ein freieres Ermessen

des Richters entscheiden und so kann es kommen, daß schon die bloße persönliche Glaubwürdigkeit des Imploranten neben dem erforderlichen Cautionserbieten unter Umständen von der Gesetzgebung als genügend bezeichnet werden kann, um einen Arrest zu verhängen, während z. B. beim Exekutivprozeß nach unseren Rechten vollständiger Urkundenbeweis vorliegen muß, soll die Imploration nicht angebrachtermaßen abgewiesen werden. Hat aber der Implorant schon einige Wahrscheinlichkeit für sich begründet, so kann auch die bloße Gegenbehauptung des Imploranten nicht genügend sein, die provisorische Verfügung sofort wieder aufzuheben oder abzuwenden, nur die **in continenti** liquiden Behauptungen, d. h. solche, deren Zulassung zum Beweise den Gang des außerordentlichen Prozesses nicht aufhält, sind in demselben wirksam, diese aber auch stets, mag die Vertheidigung nun dem Provisorium oder dem im Hintergrund stehenden Hauptrechtsstreit entlehnt sein. [1])

Außer den genannten außerordentlichen Prozeßarten, deren Nothwendigkeit oder Nutzen einleuchtet, giebt es keine weiteren. Durch Fristverkürzungen und terminliche Verhandlung wird ein außerordentliches Verfahren nicht herbeigeführt, sondern nur einzelne Abweichungen im ordentlichen Verfahren, es gäbe sonst heut zu Tage im Verhältniß zu früheren Zeiten nur noch außerordentliches Verfahren. Die Länge oder Kürze der Fristen ist etwas Relatives und auch die terminliche Verhandlung kann möglicherweise zur Regel erhoben werden, ohne daß die Grundrechtsregeln dadurch alterirt würden und das ganze Verfahren als ein wesentlich anderes erschiene. Ebenso wird das Verfahren dadurch gar nicht ergriffen, daß wie z. B. bei den possessorischen Klagen und Provocationen nur eine von zwei connexen Fragen mit Ausschluß der anderen zur Erörterung gebracht wird. Man könnte noch an den Konkursprozeß und Ediktalprozeß

---

1) Uebrigens habe ich in dem vorstehend über Zwangsvollstreckung und außerordentliche Proceßarten Gesagten wieder hauptsächlich auf die Ursachen, auf das Bedürfniß und den Zusammenhang der Gestaltungen hinweisen wollen; die in Wirklichkeit bestehende Mannigfaltigkeit dieser wird nicht verkannt und es kann nicht geleugnet werden, daß es in Wirklichkeit außerordentliche Proceduren giebt, die eine ganz andere Tendenz und Wirksamkeit als die angegebene erhalten haben.

denken, allein ersterer ist ein Gemisch aus ordentlichem und außerordentlichem Verfahren und Maaßregeln der unstreitigen Gerichtsbarkeit, und der Ediktalprozeß ist überhaupt nur eine aus der unstreitigen Gerichtsbarkeit herfließende Procedur. In vielen Fällen sind auch wirklich Administrativbehörden unter gewissen Bedingungen zur Erlassung von Proclamen competent und Streitigkeiten, also Prozesse entwickeln sich erst aus den Anmeldungen. Man denke sich den Rechtssatz, daß wenn Erben eines Verstorbenen öffentliche Aufforderungen unter Beobachtung gewisser gesetzlich normirter Bedingungen erließen zur Ermittelung anderweitiger Erben, alle sich hierauf nicht Meldenden von der Erbmasse ausgeschlossen wären. Entstände nachher Streit zwischen den Erben, welche die öffentliche Aufforderung erließen, und den anderen Prätendenten, die nicht nachweisen könnten, daß sie sich auf die Proklamata gemeldet hätten, so würde das Gericht verpflichtet sein, nach ordentlichem Verfahren die letzteren abzuweisen. Es erhellt aber, daß hier den sämmtlichen Erben ein fester Mittelpunkt fehlen würde, daß Streitigkeiten Thür und Thor geöffnet wäre; es ist daher im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt gelegen, daß die öffentlichen Aufforderungen nicht von den Privaten, sondern durch eine Behörde erlassen werden, bei der sich alle Prätendenten anzumelden haben und von der zu seiner Zeit ein bestimmter Präklusivbescheid erlassen wird. Die Aufforderung verliert aber damit nicht ihren Charakter und sie wird keineswegs, auch wenn sie vom Gerichte geschieht, zu einem Akt der streitigen Gerichtsbarkeit.

Wenn ferner jemand seine Gläubiger, alle, denen er vermögensrechtlich verpflichtet ist, nicht mehr befriedigen kann, so werden nothwendig, wenn sie nicht alle zugleich auftreten, einige zu kurz kommen, blos weil sie zuletzt forderten, auch wenn sie sogar einen Anspruch auf Befriedigung vor den Anderen haben.

Die Entstehung der Pflicht des Richters, auf Antrag der Creditoren oder des Schuldners allen Gläubigern Gelegenheit zu geben, nach der Größe und Priorität ihrer Ansprüche an der unzureichenden Masse zu participiren (Provocation durch Proklamata mit darauf folgender Präklusion der sich nicht Meldenden) ist daher sehr erklärlich. Zugleich muß der Richter das ganze Vermögen des Gemeinschuldners, wenn dies nicht schon vorher geschehen ist, für ein unter die sich meldenden Gläubiger gerichtlich zu distribuirendes

Objekt erklären, also mit Generalarrest bestricken, und seltener wie bei Specialarrestprozessen erfolgt hier ein Impugnationsverfahren. Die Gläubiger werden sich selten veranlaßt fühlen, gegen die auf die Insolvenzerklärung und die **cessio bonorum** oder auf den Antrag anderer Gläubiger erfolgte Konkurseröffnung zu protestiren und auch der Cridar wird seltener Grund haben, das Vorhandensein der Bedingungen des Generalarrestes zu leugnen, wenn die Gesetzgebung in ihren Vorschriften über die Eröffnung des Konkurses auf Antrag eines Gläubigers die rechte Mitte hält zwischen zu eilfertigem, leicht den Credit eines solventen Mannes vernichtendem und zu schwierigem, die Interessen der Gläubiger gefährdendem Verfahren.

Das Vermögen ist dann von Gerichtswegen zu administriren, sowohl im Interesse der Gläubiger als des Cridars, denn auch der letztere ist noch immer interessirt, daß möglichst viel Gläubiger aus der Masse befriedigt werden, da sein später erworbenes Vermögen von den nicht befriedigten immer wieder angegriffen werden kann. Doch ist dieser Angriff des wieder zu Kräften gekommenen Schuldners, zumal wenn er **bona** cedirte, wie die Erfahrung lehrt, selten, da vielfach die Besserung nicht evident ist, wenn ihm nicht grade eine Erbschaft zufällt, auch die Länge der Zeit die alten Forderungen in die Hände von Erben und in Vergessenheit bringt, daher sind immer die Gläubiger vorzugsweis interessirt und daher vorzugsweis in ihrem Interesse die Masse zu administriren und ihre Wünsche bei der Wahl des **Curator bonorum** (in England **official assignee**), der gewissermaßen ein Unterbeamter des Gerichtes ist, zu berücksichtigen, wie das alles sich auch in der Praxis von selbst herausstellt; daher ist endlich auch eine besondere rechtsgelehrte Vertretung des Cridars für gewöhnlich überflüssig und in besonderen Fällen durch Bestellung eines Armensachwalts herzustellen. Bei den Römern wurden die Gläubiger **in bona** mittirt [1]), die Disposition über diese also nicht beiden Theilen entzogen, und die Administration wird überhaupt bald mehr in der Hand der Gläubiger, bald mehr in der Hand des Gerichts liegen. Es ließe sich denken,

---

1) Wie auch sonst missio in possessionem eintrat, wo h. z. T. Arrest verhängt wird.

daß das Gericht auch h. z. T. nichts damit zu thun hätte, wiewohl das schwerlich förderlich wäre. Die Administration des Gerichts gehört aber wieder zur unstreitigen Gerichtsbarkeit, eben wie der gerichtliche Verwahrsam, der ja auch im ordentlichen Prozesse vielfach vorkommt.

Provokation der Gläubiger durch **sub praejudicio praeclusionis** erlassene Proklamata zur Geltendmachung ihrer Ansprüche, keineswegs immer von vornherein zum Streit und zur Klage, sowie Verhängung eines Generalarrestes (Sistirung der schon laufenden Executionen und überhaupt Prozesse, Inhibitorien an die Hypothekenbehörden, Inventur, Versiegelung 2c.), Bestellung eines **Curator bonorum**, sind also der Beginn des s. g. Konkursprozesses.

In der Activ- und Passivmasse können dann streitige Rechtspflichten sich befinden; der Verzicht auf den Streit oder seine Durchfechtung auf dem Rechtswege gehört wie die Beitreibung der unbestrittenen Forderungen des Cridars und die streitlose Zurückweisung unbegründeter Liquidationen zur Administration der Masse und wie bei allen wichtigeren Fragen auch einer Spezialadministration die interessirte Parthei gerne gehört wird, so sind auch hier die Gläubiger zu hören. Kommt es zum Streit, so ist eigentlich die Administration Prozeßparthei und die Kosten sind allemal aus der Masse zu bestreiten. Verzichtet die Administration aber auf den Streit, so kann der Cridar ihn, natürlich auf eigene Rechnung, nichts destoweniger durchführen und in einem Liquidationsstreit, bis zu dessen Austrag der Liquidant nicht aus der Masse befriedigt werden dürfte, ist dieser auch Kläger, der Cridar Beklagter. [1]) Verkehrt ist die Auffassung, als seien eigentlich die nach Ausweis des Prioritätsplanes allein interessirten Gläubiger jedesmal die richtige Prozeßparthei und als habe das Corps der Gläubiger nur so lange mitzusprechen, als die Priorität noch nicht bekannt sei, weil so lange alle Gläubiger wegen der subjectiven Ungewißheit ein Interesse an den Spezialprozessen hätten. Nur das wäre allerdings denkbar, daß die Administration den streitigen Theil der Aktiv- oder Passivmasse, wenn die Priorität

---

1) Ich führe dies an, nicht als ob es von besonderem praktischem Werth wäre, sondern um die Verhältnisse klarer zu zeigen, denn es sind genug Gründe vorhanden, daß es zu einem solchen Sonderproceß zwischen einzelnen Liquidanten wider den Kridar selten kommt.

inzwischen schon bekannt wurde, mit Zustimmung des Gläubigercorps ganz ausschiede und den Gläubigern, bei denen die Masse bricht, die also allein noch interessirt sind, zur eigenen Geltendmachung überwiese, eventualiter gegen Cautionsleistungen.

Immer ist also der Konkursprozeß ursprünglich und anfänglich ein Akt der unstreitigen Gerichtsbarkeit und erst bei der Administration und Distribution der Masse unter die Gläubiger können sich ordentliche Civilprozesse entwickeln. Das Aktivvermögen muß oft erst durch einen Rechtsstreit herbeigezogen werden und die Anmeldung der creditorischen Vermögensrechte wider den Kridar und ihre nunmehrige Geltendmachung gegen die administrirte Masse, kann zur ordentlichen Klage werden, so wie sich auch selbst da, wo die Forderungen sonst anerkannt sind, über die Priorität ein Spezialprozeß zwischen einzelnen Gläubigern erheben kann. Auch dieser reine Prioritätsstreit hängt mit dem eigentlichen Konkursverfahren nur lose zusammen und es kann außerhalb des letzteren etwas durchaus Aehnliches vorkommen.

Damit schließe ich die Erörterung, indem ich nur noch bemerke, daß aus dem Strafprozeß herzunehmende, für Begriff und Organisation des Rechts interessirende Bemerkungen hier unterdrückt wurden, da ich manche derselben bereits in einer besonderen Abhandlung, betitelt „Das Schwurgericht. Schwerin 1857. Stillersche Hofbuchhandlung.“, angedeutet habe.

Verbesserungen.

P. IV setze den Gedankenstrich i. Z. 9 v. o. hinter „braucht“ i. Z. 2 v. o.
S. 14 Z. 4 v. u. a. E. lies „den“ statt „der“.
S. 21 Z. 6 v. o. streiche das Komma hinter „Fall“ u. Z. 13 l. „erhalten“ st. „erhält“.
S. 22 Z. 6 v. u. setze das Komma hinter „hätte“.
S. 25 Z. 5 v. u. streiche „aber“.
S. 35 ist Z. 8 v. u. hinter „Specialgesetz“ abzusetzen statt i. Z. 7 v. u.
S. 49 Z. 2 v. u. l. „Härten“ st. „härten“.
S. 51 Z. 16 v. u. lies „κατ᾽ ἐξοχὴν“.
S. 53 Z. 4 v. u. setze hinter „Hand“ ein Semikolon.
S. 55 Z. 16 v. u. l. „denen“ st. „der“.
S. 59 Z. 17 v. o. l. „haben“ st. „hat“.
S. 72 Z. 3 v. o. lies „gewaltsame Eigenmacht“.
S. 82 Z. 9 v. u. vor „In sehr“ beginnt die Parenthese st. Z. 7 v. u. vor „Watelу“.
S. 94 Z. 14 v. u. streiche das Komma hinter „Facta“.

Bogl

Grohmann, A. F.

Der Begriff des Rechts Abhandlung

Schwerin 1860